

Thiago Martinelli Veiga

**A CONFORMAÇÃO DO SUPORTE FÁTICO DOS DIREITOS  
FUNDAMENTAIS DE DEFESA: UMA PROPOSTA SEM  
RECURSO À PONDERAÇÃO**

Dissertação submetida ao  
Programa de Pós-Graduação em  
Direito da Universidade Federal de  
Santa Catarina para a obtenção do  
Grau de mestre em Direito.

Orientador:  
Prof. Dr. Luiz Henrique  
Urquhart Cadermatori

Florianópolis  
2014

Ficha de identificação da obra elaborada pelo autor,  
através do Programa de Geração Automática da Biblioteca Universitária da UFSC.

Veiga, Thiago Martinelli

A conformação do suporte fático dos direitos  
fundamentais de defesa : uma proposta sem recurso à  
ponderação / Thiago Martinelli Veiga ; orientador, Luis  
Henrique Urquhart Cadermartori - Florianópolis, SC, 2014.  
185 p.

Dissertação (mestrado) - Universidade Federal de Santa  
Catarina, Centro de Ciências Jurídicas. Programa de Pós-  
Graduação em Direito.

Inclui referências

1. Direito. 2. Direito Constitucional. 3. Direitos  
Fundamentais. 4. Hermenêutica. 5. Ponderação. I.  
Cadermartori, Luis Henrique Urquhart. II. Universidade  
Federal de Santa Catarina. Programa de Pós-Graduação em  
Direito. III. Título.

# SUMÁRIO

<b>1. INTRODUÇÃO</b>	7
<b>2. BASE TEÓRICA PARA A COMPREENSÃO DE UMA PROPOSTA DE CONFORMAÇÃO DO SUPORTE FÁTICO DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS</b>	11
2.1. A relação entre direito e moral no processo de interpretação dos direitos fundamentais	11
2.2. Neoconstitucionalismo	12
2.2.1. Direito, moral e racionalidade prática	14
2.2.2. A separação entre direito e moral em Ferrajoli	16
2.2.3. Conclusão	17
2.3. Regras, princípios e ponderação: conceitos e críticas	26
2.3.1. A distinção entre regras e princípios (Dworkin)	26
2.3.2. Direitos definitivos e direitos <i>prima facie</i>	28
2.3.3. Princípios como mandados de otimização (Alexy)	29
2.3.4. Críticas	30
2.3.5. Conclusão	35
2.3.6. Ponderação e juízos de validade substancial	39
2.3.7. Ponderação e arbítrio: conclusão e a crítica de Habermas	49
2.4. Conclusão	55
<b>3. ESTRUTURA DO SUPORTE FÁTICO, EXTENSÃO E LIMITAÇÃO DO ÂMBITO DE PROTEÇÃO</b>	59
3.1. Suporte fático: âmbito de proteção, restrições e limites das restrições	60
3.2. Âmbito de proteção	63
3.2.1. Âmbito de proteção amplo	66
3.2.2. Âmbito de proteção restrito	82
3.2.3. Definição do âmbito de regulação	96
3.2.4. Definição do âmbito de proteção	99
3.3. Conclusão	112
<b>4. RESTRIÇÕES AO ÂMBITO DE PROTEÇÃO E OS LIMITES DAS RESTRIÇÕES</b>	113
4.1. Teoria interna	115
4.2. Teoria externa	119
4.2.1. Conceito de restrição	123
4.2.2. Restrição, concretização e violação	126

4.3.	<b>Tipologia das restrições permitidas</b> .....	128
4.3.1.	Restrições de direitos fundamentais com reserva legal .....	132
4.3.2.	Restrições de direitos fundamentais sem reserva legal .....	135
4.4.	<b>Limites das restrições</b> .....	139
4.4.1.	Controle das restrições: princípio da proporcionalidade .....	143
4.4.2.	Outras limitações das restrições .....	163
4.5.	<b>Conclusão</b> .....	170
5.	<b>CONSIDERAÇÕES FINAIS</b> .....	173
6.	<b>ANEXO</b> .....	179
7.	<b>REFERÊNCIAS</b> .....	181

## 1. INTRODUÇÃO

Este trabalho tem como objetivo central apresentar uma solução para uma questão comum do direito constitucional, porém pouco explorada no contexto doutrinário brasileiro: *como se determina o suporte fático dos direitos fundamentais de defesa?* Trata-se de um problema prático, porque habita a rotina dos juristas incumbidos de dar respostas às questões que envolvem direitos fundamentais e porque sua solução pode resultar em efeitos diversos no mundo real, a depender das opções realizadas pelo interprete. Este problema prático, porém, decorre de alguns problemas teóricos expressos por questões como: *Qual é a estrutura do suporte fático dos direitos fundamentais? Qual é a extensão do âmbito de proteção destes direitos? Como definir os limites deste âmbito? O âmbito de proteção destes direitos pode ou não ser restringido? Como e em quais situações é possível restringi-los?* E, *como controlar as restrições aos direitos fundamentais?* Estas perguntas compõem a base da dogmática dos direitos fundamentais e suas respostas em conjunto fornecem ao interprete a solução para o problema inicial.

O atual cenário jurídico constitucional brasileiro não desconhece tais questionamentos, havendo tanto na doutrina, como na jurisprudência debate acerca de cada uma das questões, ainda que se possa considerar o conjunto de manifestações tímido, em face da ampla produção teórica sobre o assunto na Europa e nos Estados Unidos. No Brasil, autores como Luís Roberto Barroso, Gilmar Mendes, Ingo Wolfgang Sarlet, Daniel Sarmento, Humberto Ávila e Virgílio Afonso da Silva, Dimitri Dimoulis e Leonardo Martins tem tratado do assunto com certa frequência e qualidade, o que não permite desconsiderar as discussões pátrias. Ponto em comum estes e diversos outros autores nacionais, é a noção de Constituição dotada de força normativa vinculativa da lei em sua dimensão material, o que tem grande influência em suas opções acerca da dogmática dos direitos fundamentais e que depende, na maior parte de suas construções, do rompimento com o positivismo clássico e sua divisão hermética entre direito e moral.

É desde ponto, portanto, que parte este trabalho. Antes de buscar as respostas para as questões que, como se disse, constituem a base da dogmática dos direitos fundamentais, pretende-se esclarecer se é

possível e em qual medida se deve permitir a interferência da moral ou, em medida mais ampla, de conteúdos não jurídicos no direito, questões das quais dependem muitas opções dogmáticas. Como será possível constatar, a separação ou a congruência entre direito e moral dão azo a concepções hermenêuticas bastante distantes em relação aos direitos fundamentais, algo que está no centro de importantes debates como o que se trava entre os que comumente se tem chamado “*neoconstitucionalistas*” e “*neopositivistas*”<sup>1</sup>. Por este motivo, a abordagem da questão se torna relevante.

A partir desse ponto será possível então compreender as bases teóricas das propostas de interpretação jurídico-constitucional adotadas pela maioria dos autores brasileiros citados – *as exceções são Dimitri Dimoulis e Leonardo Martins de forma incisiva e Daniel Sarmento e Humberto Ávila em questões mais pontuais* –, as quais tem na teoria da argumentação desenvolvida por Robert Alexy, seu ponto fundamental. Isso significa dizer que estes autores não só concebem a compatibilidade entre direito e moral no curso do processo interpretativo, como possuem uma noção particular acerca da estrutura normativa dos direitos fundamentais. Esta concepção particular parte da distinção entre regras e princípios proposta por Ronald Dworkin e aprimorada por Alexy que deu os contornos da ideia de conceber os direitos fundamentais como mandados de otimização.

Foi com base nesta concepção normativo-estrutural que Alexy estruturou sua teoria da argumentação para os direitos fundamentais, tendo como elemento central o método da ponderação, empregado na terceira fase de aplicação do critério da proporcionalidade. Tanto a ponderação, quanto a proporcionalidade, ganharam destaque na jurisprudência do Tribunal Constitucional Federal alemão, fenômeno que se espalhou pela Europa continental, em especial pela península ibérica, de onde, garante Leonardo Martins (MARTINS, 2003, p. 21), veio ao Brasil. Por aqui, a recepção tem se mostrado calorosa, porém, muitas vezes fomentada por uma grande dose de empolgação descompromissada e irresponsável. Recebe-se, trata-se bem, mas nem se sabe o que se está recebendo na sala de casa, o porquê de se estar

---

<sup>1</sup> Nenhum destes dois grupos é homogêneo, porém os rótulos têm sido utilizados para designar grandes grupos que, por um lado, tem assumido uma maior influência de questões não jurídicas no processo de interpretação constitucional e outros que rechaçam de forma mais ou menos veemente este pressuposto.

recebendo ou mesmo (principalmente) as consequências deste ciceroneio.

A recepção da ponderação que, como dito, tem sido convalidada por diversos autores em nosso país parece a mais problemática, pois, muito embora não seja raro encontrar na doutrina e na jurisprudência menções expressas ao método, pouco se tem visto no Brasil análises profundas e coerentes acerca de sua fundamentação, operacionalização e consequências. Ao que parece, diante de uma análise superficial, é que a ponderação tem sido utilizada deliberadamente como motor, ou pelo menos como peça chave da engrenagem, para um movimento de afirmação do poder do judiciário, o que, muito embora guarde aspectos positivos, não pode acontecer de forma desmedida.

Este uso não é, contudo, de todo irresponsável ou leviano. Conforme se entende e se deixará claro ao longo do trabalho, o método da ponderação, bem como toda a teoria que lhe dá base, abre um grande espaço para o agigantamento descontrolado do poder do judiciário, ainda que não seja esta a sua proposta declarada. Este cenário não parece ser compatível com a realidade constitucional brasileira, contudo, como já se disse, tem recebido bom reforço por parte da doutrina, a qual tem tratado a ponderação e a base teórica que lhe dá sustentação como resposta aos questionamentos básicos da dogmática dos direitos fundamentais.

Destarte, hoje o debate que conduz à solução do questionamento inicial – *como se determina o suporte fático dos direitos fundamentais de defesa?* – passa, inevitavelmente, pela ponderação e pela construção que está na sua base, sobre a estrutura dos direitos fundamentais – *que significa para a maioria dos autores a distinção entre regras e princípios*. Por este motivo, o primeiro capítulo deste trabalho conterà, além do debate sobre a relação entre direito e moral, uma análise sobre estrutura dos direitos fundamentais, mais particularmente a distinção entre regras e princípios, e acerca da ponderação, no que toca à sua fundamentação, operacionalização e consequências. Com a abordagem destes temas, espera-se dar clareza sobre os contornos teóricos que servirão de razão para as opções feitas no restante do trabalho.

No segundo capítulo, parte-se da opção pela concepção de suporte fático dos direitos fundamentais proposta por Virgílio Afonso da Silva, a qual comporta tanto o âmbito de proteção destes direitos, quanto também as restrições possíveis e suas fundamentações. O posicionamento desta opção como ponto de início tem, no entanto, o fim didático de ordenar as análises posteriores, pois, de fato, sua justificação

decorre justamente do resultado destas análises, que nada mais são do que as respostas aos questionamentos teóricos já apresentados: *Qual é a estrutura do suporte fático dos direitos fundamentais? Qual é a extensão do âmbito de proteção destes direitos? Como definir os limites deste âmbito? O âmbito de proteção destes direitos pode ou não ser restringido? Como e em quais situações é possível restringi-los? E, como controlar as restrições aos direitos fundamentais?*

As propostas de solução para estas questões compõem, então, o conteúdo principal do segundo e do terceiro capítulos. No segundo se oferecerá respostas aos problemas de extensão e limitação do âmbito de proteção dos direitos fundamentais, enquanto para o terceiro fica reservado o debate acerca das restrições ao âmbito de proteção e sobre os limites que devem ser impostos à atividade restritiva. Com base neste conjunto de soluções, que serão obtidas mediante análise lógico-dedutiva do material bibliográfico colhido, restará formatada uma proposta de conformação do suporte fático dos direitos fundamentais apta para ser a base de interpretação destes direitos, sem que haja necessidade de recurso à ponderação na forma proposta por Alexy.



## **2. BASE TEÓRICA PARA A COMPREENSÃO DE UMA PROPOSTA DE CONFORMAÇÃO DO SUPORTE FÁTICO DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS**

A dogmática dos direitos fundamentais não é uma disciplina isolada, mantém íntima relação de dependência com a teoria do direito e a teoria constitucional. Advêm destes campos do conhecimento jurídico, alguns problemas teóricos importantes e anteriores às soluções para as questões de hermenêutica formuladas, dentre os quais, os principais são a relação entre direito e moral, o debate acerca dos modelos constitucionais e a conformação dos direitos fundamentais à estrutura de regras ou de princípios. A compreensão do interprete acerca destes problemas interfere diretamente nas respostas dadas às questões particulares da hermenêutica dos direitos fundamentais. Assim, a primeira abordagem, conteúdo deste primeiro capítulo, trata daquilo que se considera como base teórica apta a sustentar as opções que fornecerão os traços caracterizadores do modelo interpretativo que se considera apto e mais adequado à conformação do suporte fático dos direitos fundamentais.

### **2.1. A relação entre direito e moral no processo de interpretação dos direitos fundamentais**

A relação entre direito e moral é assunto importante nos círculos de debates formados no curso da história da filosofia do direito, dada sua íntima relação com o problema da justiça. A questão de o direito ser compreendido como promotor ou como instrumento da justiça impôs aos juristas a necessidade de explicar se a perspectiva do justo é interna ou externa ao direito, e não foram poucas as teorias que propuseram respostas ao problema (CELLA, 2010)<sup>2</sup>. A importância desta abordagem neste trabalho reside justamente na colocação da moral –ou do não-jurídico – numa perspectiva interna ou externa em relação ao direito. Uma opção por teorias que estabelecem uma cisão radical entre direito e moral impedirá que se inclua premissas não jurídicas, como análises sociológicas ou econômicas, no processo interpretativo voltado à aplicação da norma. Por outro lado, a escolha de concepções que incluam elementos não jurídicos no seio da interpretação, demandará

---

<sup>2</sup> Para uma extensa análise histórica ver: HESPANHA, Antônio Manuel. Cultura jurídica europeia: Síntese de um milênio. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2005.

responder de que forma estes argumentos estranhos ao direito não farão com que a decisão jurídica deixe de ser jurídica para ser uma decisão moral, sociológica ou econômica.

Um dos debates mais interessante sobre o tema se concentra no cerne do constitucionalismo contemporâneo entre as posições doutrinárias de autores como Ronald Dworkin, Robert Alexy e Manuel Atienza e o garantismo jurídico de Luigi Ferrajoli. Os primeiros a defender a incorporação do argumento moral no processo interpretativo do direito e o segundo a refutar de forma veemente tal fusão. Esta importante divergência não tem impedido, contudo, que congruências sejam identificadas entre as propostas. Estas aproximações tem sido suficientes para alguns autores como Maria Iglesias Villa (VILLA, 2005, p. 77) e Daniel Sarmiento (SARMENTO, 2009, p. 3) colocarem lado a lado as teorias de Alexy e Ferrajoli sob o rótulo do neoconstitucionalismo.

Em face disso, é preciso ter certo cuidado com o uso da expressão “neoconstitucionalismo”, principalmente quando se está a tratar da relação entre direito e moral. Ferrajoli, inclusive, rejeita de forma expressa o rótulo neoconstitucionalista e prefere ser chamado de neopositivista, pois diferente de outros autores que também privilegiam os juízos de validade substanciais das leis frente a Constituição, mantém um claro afastamento entre direito e moral, atribuindo ao pensamento contrário um caráter jusnaturalista que, segundo ele, não se justifica nos tempos atuais (FERRAJOLI, 2011a, p.98-99). Portanto, a imersão no conteúdo direto deste tópico não se dará antes de alguns breves esclarecimentos sobre o “neoconstitucionalismo”.

## **2.2. Neoconstitucionalismo**

Caracterizar o neoconstitucionalismo não é tarefa simples, pois a expressão representa hoje um leque bastante ampliado de proposições teóricas que expressam cada qual uma posição particular sobre diversas questões relevantes da teoria do direito, da teoria constitucional e da interpretação jurídica, as quais as colocam não raras vezes em oposição ferrenha como ocorre com os trabalhos de Alexy e Ferrajoli, os quais, aliás, sequer assumem o rótulo do neoconstitucionalismo (SARMENTO, 2009, p. 3-4). A despeito disso, é possível identificar um traço essencial que une todo este conjunto heterogêneo de teorias, pois quase que invariavelmente são marcadas pela vontade de representar uma força reativa a diversas concepções de direito do positivismo jurídico da primeira metade do século XX.

Isso porque, a Europa do pós-guerra viu no positivismo uma porta aberta para a justificação da barbárie empreendida durante a Segunda Guerra Mundial. E ainda que se possa (e se deva) estudar com mais afinco a relação entre guerra, barbárie e ordenamento jurídico, haja vista que a história nos oferece exemplos de terror bélico justificados sob a égide de teorias jurídicas diversas e até mesmo opostas<sup>3</sup>, o certo é que a suscitarrelação entre o positivismo e as práticas cruéis empreendidas pelos regimes totalitários (e certamente não só por eles) fomentou um debate bastante importante sobre a concretização dos direitos fundamentais. Destes debates, emergiram diversas constituições comprometidas com o resgate de sua própria força normativa como a Lei Fundamental de Bonn na Alemanha (1949) e a Constituição italiana de 1947, ambas acompanhadas pela instalação de tribunais constitucionais nos respectivos países (BARROSO, 2014a, p. 3). Nesta nova perspectiva constitucional, os direitos fundamentais passaram a ter papel de destaque.

Este é um ponto de convergência, os direitos fundamentais como irradiadores de normatividade para as leis que não podem mais ter sua validade condicionada apenas a juízos formais. Sob esta perspectiva, foi produzida uma nova forma de organização do Estado (BARROSO, 2014a, p. 3) na qual a Constituição, além de comando organizativo, passou a ser condicionante substancial da atividade estatal em todas as suas esferas de poder. Este pressuposto é encontrado tanto em teorias ditas neopositivistas como a de Ferrajoli (FERRAJOLI, 2011a, p. 100), quanto em outras que rejeitam expressamente o positivismo, como a de Alexy (ALEXY, 1988, p. 140).

A despeito da aproximação representada pela refutação de diversos dogmas positivistas, há, contudo importantes pontos de dissonância entre autores como Ferrajoli e Alexy, sendo o maior deles, provavelmente, a aproximação entre direito e moral, vista com absoluta desconfiança pelo primeiro e como necessária para o segundo. Este

---

<sup>3</sup> Alguns exemplos poderiam ser encontrados na teoria da guerra justa bastante proficiente nos idos dos séculos XIII, XIV e XV. Durante séculos diversos autores elaboraram conceitos de justiça na guerra sob os mais diversos pressupostos. Neste debate, ganhou destaque a obra de Hugo Grotius, a qual ficou conhecida como marco de desvinculação da ideia de justiça na guerra aos pressupostos de justiça divina, sustentados, por exemplo, por Francisco de Vitória. O rompimento teórico entre autores como Vitória e Grotius representou algo de bastante significativo, contudo, a justificação da guerra permaneceu como traço importante para a teoria dos autores.

debate tem grande relevância para o desenvolvimento deste trabalho, pois está na base das teorias que discutem a interpretação constitucional e tem grande influência nas opções sobre a delimitação dos âmbitos de regulação e proteção dos direitos fundamentais. A escolha da posição menos afeta à influência de assuntos não-jurídicos sobre o direito exige que o modelo hermenêutico utilizado para a interpretação dos direitos fundamentais não comporte, em nenhuma fase, a utilização determinante de elementos estranhos ao direito, enquanto que a posição contrária precisa explicar como tratar estes elementos no seio do modelo. Por este motivo, abordar a questão e optar por uma das concepções se mostra tão importante.

### 2.2.1. Direito, moral e racionalidade prática

A relação entre direito e moral é explicada por Dworkin segundo a ideia de direito como prática interpretativa, esta indissociável da teoria política (DWORKIN, 2001) e, portanto impregnada de conteúdo moral. O interprete da norma, mais especificamente o juiz, assume nesta concepção um papel mais ativo na interpretação do direito, sendo refutada, pois a ideia positivista clássica que tinha o magistrado como mero conferente da validade formal das normas (FERRAJOLI, 2011a, p.98)<sup>4</sup>. A consequência disto é a necessidade de o juiz justificar a aplicação das normas a partir de pressupostos de validade material, os quais nem sempre correspondem a argumentos estritamente jurídicos. Desta forma, a validade da norma fica condicionada, ainda que parcialmente, a verificação de condições não jurídicas, em geral concepções acerca do justo (FERRAJOLI, 2011<sup>a</sup>, p. 101).

Esta proposição implica, todavia, questionamentos acerca de sua subjetividade, afinal se trata de buscar pressupostos de aplicação fora do direito posto, ou seja, longe de um campo objetivo e controlável. Por este motivo, os defensores de teorias como a de Dworkin erigiram como condição para a aplicação da tese, o desenvolvimento de teorias da argumentação aptas a conferir racionalidade ao processo interpretativo (SARMENTO, 2009. P. 7). Com isso, pretende-se que o interprete do direito ocupe o seu papel de interprete e não se transmute na figura de criador de um direito novo (DWORKIN, 2001, p.240).

Nesse sentido, Dworkin sustenta que mesmo sendo inevitável para o juiz incluir no processo de cognição elementos de teoria política

---

<sup>4</sup> Sarmento ressalta o crescimento em importância do Poder Judiciário sob a óptica neoconstitucionalista (SARMENTO, 2009, p. 7).

(“o resultado deve ser o mais econômico possível”, por exemplo) – *o que, aliás, tem grande influência no processo* – isto não significa a criação de um novo dever-ser, apenas a inclusão de um elemento, o qual tem capacidade para modificar o espectro visível, mas não a obra como produto final (DWORKIN, 2001, p. 241). Para Dworkin, é possível, em tese, mediante um processo interpretativo – *que inclui a questão política* –, determinar a única resposta correta para uma questão jurídica (DWORKIN, 2001, p.?), o que dissolveria o problema da subjetividade, na medida em que validade da solução se encontra na correção da interpretação.

Algo semelhante é defendido por Klaus Günther ao enunciar a possibilidade do aplicador da norma operar uma interpretação imparcial, a partir de pressupostos de coerência segundo o caso concreto, o que só é possível se consideradas todas as circunstâncias de fato implicadas (GÜNTHER, 2011, prefácio p. VII). Estas circunstâncias, identificadas no caso e no contexto em que ele ocorre, não são necessariamente jurídicas, mas orientam o interprete para a melhor interpretação jurídica possível. Assim, o aplicador, na perspectiva de Günther, não atua como criador do direito, mas antes como um descobridor dos direitos implícitos nas circunstâncias e na comunidade (KUSKOSKI, 2011, p. 73).

Particularmente no Brasil, talvez o exemplo mais difundido de teoria da argumentação que lida com a relação entre direito e moral e é dirigida a operacionalizar os pressupostos do neoconstitucionalismo, seja o edifício teórico introduzido por Robert Alexy. A partir da distinção estrutural entre regras e princípios elaborada por Dworkin – *regras representam normas aplicáveis na forma de tudo ou nada, enquanto princípios não definem uma resposta, apenas apresentam razões para elas* (ALEXY, 1988, p. 141) –, Alexy propôs a sistematização da regra da proporcionalidade mediante a estratificação de sua aplicação em três estágios, cujo último, a *proporcionalidade em sentido estrito*, incorpora a ideia de ponderação<sup>5</sup>, esta também orientada por uma sistemática própria de aplicação.

Para Alexy, cada etapa de aplicação da proporcionalidade expressa a ideia de otimização, segundo a qual os princípios são destinados a realizar algo na maior medida possível diante das

---

<sup>5</sup>Virgílio Afonso da Silva utiliza o termo “*sopesamento*”. Em algumas traduções de textos de Alexy, o termo utilizado é “*balanceamento*” e em outros “*ponderação*”. Neste trabalho todos são tratados como sinônimos, a não ser quando se especificar o contrário.

possibilidades fáticas e jurídicas existentes (ALEXY, 2003, p. 5). Segundo ele, a diferenciação estrutural entre regras e princípios somente pode conduzir ao objetivo apontado por Dworkin – *encontrar a única resposta correta* – se acoplada à configuração dos princípios como mandados de otimização (ALEXY, 1988, p. 140). Muito embora considere impossível determinar uma única resposta correta, Alexy aponta para a importância da teoria trifásica de aplicação dos princípios, na medida em que proporciona decisões racionalmente fundamentadas (ALEXY, 1988, p. 149), o que garantiria a domesticação do argumento não-jurídico no seu modelo hermenêutico.

### 2.2.2. A separação entre direito e moral em Ferrajoli

O jurista italiano Luigi Ferrajoli se opõe às construções que admitem a interpelação entre direito e moral, a partir do que ele mesmo classifica como uma teoria complementar ao positivismo clássico (FERRAJOLI, 2011a, p. 99-100). Com o conjunto de ideias do constitucionalismo garantista, Ferrajoli se esforça em demonstrar que a solução para os problemas do positivismo clássico não é a sua completa superação, com o retorno a pressupostos jusnaturalistas, mas antes uma releitura das premissas juspositivistas à luz do constitucionalismo (FERRAJOLI, 2011a, p. 101-102). Sem embargos, Ferrajoli aponta que reaproximação entre direito e moral propostas nos termos dos trabalhos de Dworkin, Alexy e Atienza significa a ligação destas concepções com os propósitos de teorias realistas que buscam dizer como deve ser o direito, a partir de elementos externos a ele, tal quais todas as teorias que buscaram explicar o direito segundo leis eternas e imutáveis (FERRAJOLI, 2011a, p.).

Para Ferrajoli, tanto as teorias neoconstitucionalistas, quanto as juspositivistas clássicas, se fundam sobre falácias ideológicas representadas pela confusão entre ser e dever-ser que decorre da inobservância da “*lei de Hume*”, de acordo com a qual teses prescritivas não se extraem teses assertivas e vice-versa (FERRAJOLI, 2011b, p. 94). No desenvolver dessa perspectiva, os teóricos como Dworkin e Alexy podem ser vistos ora como aqueles que substituem a justiça pela validade (falácia jusnaturalista), ou seja, todo direito justo é direito válido, ora como os que substituem a validade pela justiça (falácia ético-legalista), todo direito válido é direito justo (FERRAJOLI, 2011a, p. 102). As teorias positivistas, ainda sob a perspectiva de Ferrajoli, são marcadas, principalmente, pela confusão da validade com a vigência (falácia normativista), ou seja, todo direito vigente é direito válido

(FERRAJOLI, 2006, p. 26). Incurrer nestas falácias significa para Ferrajoli, a incapacidade de sustentar os elementos básicos do estado democrático de direito.

A complementação do positivismo pelo constitucionalismo garantista, apresentaria como grande vantagem, portanto, a superação das falácias ideológicas. Segundo explica Ferrajoli, o problema fundamental do positivismo clássico reside em se debruçar apenas sobre a as condições formais de validade da norma, o que corresponde à noção de vigência, pois o resultado da promulgação de uma norma segundo os requisitos formais exigidos pelo texto constitucional não é outro senão uma norma vigente (FERRAJOLI, 2006, p. 26). O avanço deste modelo consiste, pois, em inserir no processo interpretativo uma possibilidade de avaliação da validade substancial da norma, o que no contexto do constitucionalismo se opera mediante a verificação de adequação da norma posta com os direitos fundamentais consagrados na Constituição.

Enquanto limites e vínculos da lei da vontade (lei da maioria), os princípios e direitos fundamentais neles estipulados expressam uma lei da razão que justifica a declaração de invalidade substancial de uma norma regularmente vigente (FERRAJOLI, 2011a, p.100). Contudo, diferente do que propõe, por exemplo, Alexy, Ferrajoli rejeita a possibilidade de operar os juízos de validade substancial por meio da ponderação de valores, haja vista que isto, segundo ele, conduz, necessariamente, a busca do direito na moral, ou seja, fora dele. Para o jurista italiano, o elemento moral não está desvencilhado da norma, mas a sua consideração faz parte do processo legislativo e não da prática interpretativa do juiz (FERRAJOLI, 2006, p. 25).

A racionalidade prática sustentada por Gunther e Alexy como solução para justificar o papel ativo do juiz no processo interpretativo não convence Ferrajoli, para quem as teorias da argumentação elaboradas por estes e outros autores não conseguem afastar da interpretação um alto grau de discricionariedade, nem resolvem o problema da falta de legitimidade dos juízes para operar com esse nível de arbítrio, o que, para ele corresponde a uma tarefa criativa do direito (FERRAJOLI, 2011a, p. 104).

### 2.2.3. Conclusão

*“Antes de mais, as normas jurídicas apenas podem ser entendidas se integradas nos complexos normativos que organizam a vida social”* (HESPANHA, 2005, p.35). As palavras são do professor de história do direito da Universidade Nova de Lisboa Antônio Manuel

Hespanha e são importantes para a compreensão da premissa que se pretende sustentar.

Muito embora Ferrajoli tenha razão quando aponta os perigos da subjetividade inerente às propostas argumentativas que dependem da ponderação de valores, não parece ser possível operar uma cisão radical entre direito e moral, a ponto de confinar esta na atividade legislativa sem que haja severas perdas para o estado democrático de direito constitucionalista. Esta crítica parte do enunciado descrito pelo professor Hespanha e citado acima, o qual tem como premissa a constatação de que não só o direito tem como pretensão a conformação do tecido social, como o próprio direito é produto social (HESPANHA, 2005, p. 38). Independente das fontes que se pretende legitimar é impossível dissociar o direito de sua origem social.

O professor português não se filia necessariamente a teorias que identificam a justiça ou a validade da norma na noção de justiça e validade que os seres sociais formulam quando interpretam, eles mesmos, estas normas, como se pode identificar nas propostas enunciadas por Peter Häberle<sup>6</sup>, ou nas teorias que substituem a norma positivada pelo direito surgido no seio das instituições sociais, tal qual a sustentada por Santi Romano<sup>7</sup> (ROMANO, 2008). O escopo de Hespanha, segundo se entende, é, antes disso, evidenciar que todo sujeito (ou conjunto de sujeitos) que se propõe a criar ou interpretar o direito está suscetível, ainda que inconscientemente, às tensões sociais ou, nas palavras de Michel Foucault, à *micropoderes* que interferem em suas decisões (HESPANHA, 2005, p. 36)<sup>8</sup>.

---

<sup>6</sup> Para a compreensão de Häberle sobre a hermenêutica constitucional ver: HÄBERLE, Peter. *Hermenêutica constitucional: a sociedade aberta dos intérpretes da Constituição; contribuição para a interpretação pluralista e procedimental da Constituição*. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris Editor, 1997.

<sup>7</sup> Para a compreensão de Santi Romano ver: ROMANO, Santi. *O ordenamento jurídico*. Florianópolis: Boiteux, 2008.

<sup>8</sup> Miguel Carbonell trata a posição do juiz perante a sociedade de forma semelhante: “El juez, lejos de aplicar con absoluta neutralidad la ley, como se cree en México por herencia de la concepción positivista, pasa a integrarse dentro de la lucha política por varios motivos; en primer lugar, por el ‘componente valorativo’ de su actividad; luego porque conoce de controversias políticas (por ejemplo disputas entre las mayorías y las minorías parlamentarias) y, finalmente, porque si el constitucionalismo es una ideología basada y comprometida con ciertos valores (...)” (CARBONELL, 2004 p. 129).



O próprio Ferrajoli reconhece em certos momentos que o direito expressa a moral do legislador e, portanto, possui um inevitável conteúdo moral (FERRAJOLI, 2006, p. 12). Para a teoria garantista, contudo, esta inserção de conteúdo moral na norma não implica a sua juridicidade (não condiciona sua validade), ou seja, não substitui o direito pela ética, pela moral ou pela sociologia, perigo para o qual também alerta Lênio Streck (STRECK, 2013).

O pressuposto defendido por Ferrajoli e o perigo apontado por Streck não são, per si, equivocados. Aparenta-se que a noção de validade da norma não possa ser retirada da moral, da sociologia ou da medicina como tem se visto no Brasil com frequência no âmbito dos juizados especiais federais em matéria previdenciária, o médico a substituir o juiz. Contudo, não há razões para considerar que, diferenciado legislador, o interprete tenha o poder de se desvencilhar das amarras morais (tensões sociais) que interferem nas suas posições jurídicas<sup>9</sup>, tão pouco que deva tentar ignorar o contexto de aplicação da norma. Deste modo, parece que o empreendimento de expurgar os elementos não-jurídicos da justificação jurídica (interpretação para aplicação da norma) é tal qual a tarefa de Sísifo<sup>10</sup>, um enorme esforço para realizar o não realizável. Ao invés, devem ser eles denunciados no curso do processo interpretativo para que seu uso possa ser contestado.

---

<sup>9</sup> Para Foucault o discurso é sempre condicionado por um conjunto de forças que coexistem com o orador na sociedade. Uma dessas forças é representada (em diversas roupagens) pelo procedimento de interdição, que impede o orador de dizer tudo em qualquer circunstância (FOUCAULT, 1999, p. 9). Um exemplo próximo à temática deste trabalho é o que comumente se denominou “politicamente correto”, o qual se constitui de um conjunto de regras morais em favor de direitos fundamentais, em especial a honra e a igualdade. Por mais que se refute a ideia geral do “politicamente correto”, não se pode negar a sua eficiência (ainda que se pudesse dizer mínima, mas não é) no discurso da mídia, por exemplo (POSSENTI, 1995); (CABRAL, 2003). A partir da absorção de ordens do discurso “politicamente correto” o próprio direito à honra tem condições de assumir variações, principalmente no que toca ao seu âmbito de proteção. Expressões que antes eram toleradas de forma geral como banais, podem se tornar expressões ofensivas e, por consequência passarem a ser vistas como intervenções no âmbito de proteção da honra. Tratarei sobre a influência do contexto social com mais ênfase no fim deste capítulo.

<sup>10</sup> Na mitologia grega Sísifo foi condenado no inferno de Hades por seus erros enquanto vivo, a empurrar uma pedra de mármore montanha acima, porém sempre que chegava perto do cume, a pedra rolava abaixo empurrada por uma força irresistível.

Para que fique claro, retoma-se o exemplo dos juizados especiais federais em relação ao julgamento de ações que pretendem a condenação do Instituto Nacional de Seguridade Social – INSS na implementação de benefícios por incapacidade. A solução de grande parte destas demandas depende de saber se existe ou não incapacidade para o trabalho<sup>11</sup>, o que, contudo, não é uma questão para a qual o juiz possa dar uma resposta sem antes absorver no processo interpretativo, dados técnicos formulados, via de regra, por um médico que tenha condições de avaliar aptidões físicas e/ou psicológicas do segurado para o exercício de suas funções profissionais. A interferência do elemento médico no processo de aplicação da norma não é, portanto, condenável. O problema surge quando a conclusão médica se converte em argumento único e substitui a conclusão jurídica, como se observa com frequência nos referidos juizados.

A função do parecer técnico nestes processos não é responder se o segurado está incapaz no sentido jurídico do termo, ou seja, dizer se ele tem ou não direito ao benefício, mas somente fornecer dados para que o juiz chegue a esta conclusão por meio da argumentação jurídica. Quando o juiz assume como sua conclusão, a conclusão do médico, não faz outra coisa senão ignorar o processo de justificação externa da sua argumentação, ou seja, substituir a sua tarefa de selecionar premissas e justificar a seleção destas, pelo empreendimento argumentativo já operado pelo perito segundo pressupostos da medicina e não do direito<sup>12</sup>. Esta situação configura o mesmo problema apontado por

---

<sup>11</sup> Os requisitos estão previstos na Lei nº. 8.213/91: Art. 59. O auxílio-doença será devido ao segurado que, havendo cumprido, quando for o caso, o período de carência exigido nesta Lei, ficar incapacitado para o seu trabalho ou para a sua atividade habitual **por mais de 15 (quinze) dias consecutivos**. (permanente – Aposentadoria por invalidez); Art. 42. A aposentadoria por invalidez, uma vez cumprida, quando for o caso, a carência exigida, será devida ao segurado que, estando ou não em gozo de auxílio-doença, for considerado incapaz e **insusceptível de reabilitação para o exercício de atividade que lhe garanta a subsistência**, e ser-lhe-á paga enquanto permanecer nesta condição.

<sup>12</sup> Um caso particular que exemplifica a substituição da conclusão jurídica pela conclusão médica é representado por ações em que se discute a capacidade laboral de pessoas portadoras do vírus HIV. Em muitos destes casos, o segurado não possui limitações físicas evidentes, motivo pelo qual os médicos concluem pela capacidade laboral. No entanto, constata-se que o tão só fato de serem portadores do vírus os impede de reingressarem no mercado de trabalho nas mesmas condições do que os segurados não portadores, haja vista um ainda evidente preconceito existente na sociedade. A solução para o pleito de

Ferrajoli e Streck, a confusão do direito com outras coisas. Segundo o jurista italiano, teorias como a de Alexy se utilizam de um método para tentar mascarar o que na verdade é a substituição da justificação (externa<sup>13</sup>) jurídica, por uma justificação moral (FERRAJOLI, 2011a, p. 96), no que tem certa razão.

A terceira fase de aplicação da regra da proporcionalidade, a *proporcionalidade em sentido estrito*, que é o traço mais nítido da ponderação de valores sugerida por Alexy para a solução das colisões entre princípios, representa para argumentação nada mais do que a substituição de um juízo jurídico por um esforço comparativo de grandezas que, *a priori*, não tem outro fundo que não a moral e não tem outra justificação além de uma pretensão de correção. A natureza moral do modelo interpretativo sugerido por Alexy é bem explicada segundo os traços estruturais que Habermas utiliza para distinguir regras e valores (Habermas, 1997, p. 317).

A distinção observada pelo filósofo alemão, com base na referência ao agir obrigatório das normas e ao agir teleológico dos valores é esclarecedora. Segundo a observação de Habermas, “*normas válidas obrigam seus destinatários, sem exceção e em igual medida, a um comportamento que preenche expectativas generalizadas*”, enquanto os valores, por seu turno, “*expressam preferências tidas como dignas de*

---

aposentadoria por invalidez feito por um portador do vírus HIV passa, portanto pela compreensão jurídica acerca do conceito de incapacidade – se ela é somente física ou se congrega outros elementos, a norma não é clara –, pela consideração do parecer médico que aponta para a existência de aptidões físicas para o labor e pela avaliação do contexto social em que se encontra o segurado, se efetivamente preconceituoso ou não. O juiz que aceitar o parecer médico como decisivo sem justificar uma opção por um conceito restrito de incapacidade e sem refutar outras posições médicas ou que, ao contrário, considerar a incapacidade sem dizer o porquê de optar por um conceito amplo e arazão de compreender o preconceito como um impedimento para o trabalho, terá substituído a sua justificação externa pela justificação médica ou sociológica.

<sup>13</sup> Quando opera a distinção entre direito e moral, Ferrajoli sustenta que a justificação externa seria própria do processo legislativo, enquanto a interna seria particular do direito. Isso não significa, contudo que o jurista aplicador da norma não opere uma justificação externa no sentido do termo aqui empregado (Atienza, 2003), ou seja, que não selecione e justifique a seleção de premissas para então realizar a subsunção, a particularidade na teoria de Ferrajoli é que as premissas normativas somente serão premissas jurídicas, sem que se possa considerar elementos morais e ou de outros tipos.

*serem desejadas em determinadas coletividades*”, pois sua concretização não se dá pela observância de um *dever-ser* determinado, mas por um agir direcionado a um fim (HABERMAS, 1997, p. 316). Esta vocação teleológica dos valores é o que explica a pretensão de correção da argumentação jurídica de Alexy, na qual a aplicação do princípio da proporcionalidade serve à concretização de um melhor resultado possível (ideia de otimização).

O problema é que segundo esta vocação teleológica, a validade da interpretação coincide com o seu resultado (GÜNTHER, 2011, p. 247), ou seja, o agir se justifica na medida em que possa atingir o fim pretendido, porém como não há medidas racionais para avaliar a correção deste fim, o agir se constitui sempre de opções arbitrárias (HABERMAS, 1997, p. 321). Esta relação evidencia o problema representado pela dissolução da justificação externa jurídica, pois na inexistência de parâmetros para avaliar a concretização do fim pretendido, a validade da interpretação só pode ser medida pela correção de aplicação do método argumentativo, ou seja, a justificação se limita a esta avaliação.

Ainda assim, este pressuposto da jurisprudência de valores defendida por Alexy pode ser sustentado sob a alegação de que em face da verificação corriqueira de violação de direitos fundamentais, a superação do argumento estritamente jurídico por argumentos de justiça no seio da argumentação judicial não seria uma opção, mas uma exigência do constitucionalismo (SARMENTO, 2009, p. 30). Porém, a supressão da justificação jurídica em face de pretensões de correção sob a óptica do melhor possível exclui a possibilidade de contestação jurídica do argumento utilizado pelo juiz, reservando ao opositor apenas a ingrata tarefa de contestar a justiça da decisão, sem, contudo poder dispor da pitada de autoridade que inevitavelmente carrega qualquer decisão judicial. Nesta perspectiva, melhor do que permitir a supressão da justificação externa jurídica, seria admitir a incursão do conteúdo não-jurídico no processo argumentativo jurídico, sob a condição de domesticá-lo, mediante a primazia de pontos de vista normativos<sup>14</sup>.

A crítica dirigida por Ferrajoli à jurisprudência de valores sobre as desvantagens da substituição do direito pela moral ou por

---

<sup>14</sup> Sobre a relação entre direito e conteúdo moral, Habermas assevera que, muito embora o direito recepcione certo conteúdo teleológico ele é “*capaz de domesticar as orientações axiológicas e colocações de objetivos do legislador através da primazia estrita conferida a pontos de vista normativos*” (HABERMAS, 1997, p. 318).

justificações não-jurídicas, revela-se, nesta medida, bastante pertinente. Todavia, não se vislumbra na teoria garantista uma forma de lidar com a inevitável invasão do direito por conteúdo não-jurídico de toda ordem, inclusive moral, trazido pelo juiz (voluntária ou involuntariamente) ao processo interpretativo. Esta conclusão pode parecer mais clara, uma vez considerado o exemplo ficto de uma ação que ponha em xeque a constitucionalidade de lei que contenha um dispositivo genérico proibitivo da publicação de charges, sob o fundamento da liberdade artística.

A solução deste caso para um juiz constitucional garantista será relativamente simples, caso constatare que não existem normas contraditórias a lei sobre a qual se discute a constitucionalidade. Isso porque, para Ferrajoli um direito de liberdade ativa como a liberdade artística, encontra um de seus limites na proibição de causar danos a terceiros (FERRAJOLI, 2006, p. 86), ou seja, se a referida lei tem como objetivo proteger a honra, não há que se invocar um suposto conflito com o direito à liberdade artística, haja vista que o exercício deste direito pressupõe a não violação dos direitos de imunidade, dentre os quais está a honra. De acordo com esse raciocínio, a lei seria, portanto, constitucional.

Porém, para chegar a este nível da interpretação é preciso antes investigar se a vedação à publicação de charges constitui, de fato, uma proteção à honra, questão para a qual Ferrajoli não apresenta uma resposta sólida, deixando sua teoria aberta à discricionariedade do interprete. Em face desta crítica, já direcionada ao jurista italiano por Alfonso Ruiz Miguel (MIGUEL, 2005), Ferrajoli responde não ter a pretensão de esvaziar o poder de escolha do interprete (FERRAJOLI, 2006, p. 66). Todavia, sustenta que para a teoria garantista, a discricionariedade do interprete jurídico da norma se limita a identificar as respostas na Constituição e nas leis ordinárias (FERRAJOLI, 2006, p. 95).

Ferrajoli explica ainda que a possível inexistência de respostas significa uma lacuna<sup>15</sup> e possíveis contradições que não possam ser resolvidas mediante a aplicação de princípios jurídico-interpretativos (como a especificidade), uma antinomia. Ao se deparar com alguma

---

<sup>15</sup> Diferente de Kelsen para quem não existe direito subjetivo sem que exista uma sanção apta a garantir sua eficácia, Ferrajoli afirma que a falta da sanção não representa outra coisa senão uma lacuna, não havendo que se falar em inexistência do direito subjetivo (FERRAJOLI, 2006). Esta conclusão se deve à distinção rígida que Ferrajoli faz entre direitos e garantias.

destas duas situações, a tarefa do interprete se resumiria, pois, em invocar o legislador para que colmate a lacuna com a criação de uma norma ou dissolva a antinomia mediante a revogação de uma das normas em conflito (FERRAJOLI, 2006, p. 68-69). Isto, contudo, deixa o problema posto ao juiz sem solução, pois torna a questão refém da ação do legislador, para a qual nem sempre existe vontade ou pressa<sup>16</sup>. Cenário que conduz, de forma inevitável ao que Paolo Grossi chama de engessamento direito (GROSSI, 2007), problema típico de concepções positivistas.

Além disso, a resposta de Ferrajoli é insuficiente para solver o problema da discricionariedade e demonstra outros pontos críticos da teoria garantista. A solução oferecida é materialmente incompatível com a separação rígida defendida pelo autor entre direito e moral, pois o processo interpretativo que conduz à identificação de soluções jurídicas na Constituição e nas leis ordinárias não está isento da influência de conteúdos não jurídicos, conforme já se observou. Ademais, a solução prejudica a posição dos direitos fundamentais como limites à atividade legislativa, ao passo em que grande parte das respostas acerca da validade das normas de direitos fundamentais remete direta ou indiretamente às opções do próprio legislador.

---

<sup>16</sup> Exemplos claros, mas não únicos, deste fenômeno no Brasil são: a) o marco civil da internet que, a despeito da web constituir uma realidade social há pelo menos 20 anos, só foi aprovado em 2014; e b) o Código de Defesa do Consumidor que até hoje ignora o fenômeno do comércio eletrônico. Um exemplo inverso, mas também problemático é o da Lei nº. 8.072/90, conhecida como lei dos crimes hediondos. Neste caso, o processo legislativo ofereceu uma resposta relativamente rápida (2 anos) à necessidade de regulamentação do inciso XVII do artigo 5º da Constituição brasileira, porém a resposta se mostrou bastante problemática, de forma que a lei recebeu diversas emendas e concertos desde a sua promulgação. Outro caso é o da aposentadoria especial dos servidores públicos prevista no parágrafo 4º do artigo 40 da Constituição Federal para os servidores que exerceram sua atividade sob condições ambientais que prejudiquem sua saúde, a qual, até hoje não foi regulamentada, apesar do ajuizamento e julgamento de diversos mandados de injunção no Supremo Tribunal Federal. A mora obrigou a corte a criar a súmula vinculante nº. 33 que determinou a aplicação das regras do Regime Geral de Previdência aos servidores. A solução, porém, suscita diversas dúvidas, em razão das diferenças entre os dois regimes. Sobre o tema ver: VEIGA, Thiago Martinelli. *A Súmula Vinculante nº 33 e a contagem diferenciada de tempo especial para o servidor público*, ano 19, n. 3967. Teresina: Jus Navigandi, 2014.

Disponível em: <<http://jus.com.br/artigos/27909>>. Acesso em: 22 jun. 2014.

O panorama traçado pelos pontos críticos apresentados demonstra que a teoria garantista de Luigi Ferrajoli não possui força suficiente para avançar grande distância em relação ao positivismo jurídico clássico, haja vista não ser capaz de concretizar os direitos fundamentais como efetivos limites à atividade legislativa, ao mesmo tempo em que mantém a evolução do direito condicionada essencialmente à vontade do legislador. De outra parte, porém, é preciso reconhecer que a proposta do jurista italiano possui o mérito, bastante significativo, de fornecer fortes argumentos contra o ímpeto de algumas teorias que tem levado diversos juristas a crer num direito que somente passa a existir pelas mãos do juiz.

Em vista destas observações, entende-se que antes de exigir uma artificial hermética separação entre moral e direito ou ainda aceitar a substituição deste por aquela, a melhor orientação para a proposição de um modelo de interpretação para os direitos fundamentais se consubstancia no reconhecimento da influência do não-jurídico no processo interpretativo do direito, possibilitando sua domesticação. Somente enquanto se puder identificar os argumentos não-jurídicos utilizados na interpretação, será possível aos interessados na aplicação dos direitos fundamentais conhecer os seus contornos e refutar possíveis arbitrariedades na delimitação operada por outros juristas, possibilidades sem as quais se esvaem a segurança jurídica, o direito de defesa e a própria força da Constituição em face dos poderes do Estado.

Nesta perspectiva, como se pretende demonstrar adiante, a solução para uma adequada interpretação dos direitos fundamentais passa pela delimitação, fundamentada na constituição dos âmbitos de regulação e proteção destes direitos, reservando para o primeiro momento a inevitável interação dos conceitos jurídicos com noções oriundas de outros campos do conhecimento. Percorre também a possibilidade de restrições externas ao âmbito de proteção como forma de não frear a contribuição para a dinamicidade constitucional, que podem oferecer os eventos legislativos, a atuação do executivo e os conflitos concretos surgidos no entorno da discussão sobre direitos fundamentais. Como se verá, a solução proposta tem como consequência também, a refutação de teorias que concebem os direitos fundamentais como princípios e não admitem a delimitação dos âmbitos de proteção destes direitos, bem como o abandono de instrumentos interpretativos bastante caros à doutrina constitucional brasileira como a ponderação – *elementos que tem caracterizado o neoconstitucionalismo nacional* –, sem que isso, contudo, signifique a adoção de pressupostos positivistas.

### 2.3. Regras, princípios e ponderação: conceitos e críticas

Abordar neste trabalho a teoria dos princípios formulada por Dworkin e “aperfeiçoada” por Robert Alexy tem dupla importância. A primeira tem fundo na sua utilização como postulado do constitucionalismo, sendo, portanto, uma forma de demonstrar que este não é o único caminho possível (e tão pouco o correto) para solucionar o problema da interpretação dos direitos fundamentais. A segunda se refere, como sustenta Virgílio Afonso da Silva, a íntima relação que existe entre a estrutura da norma e as opções referentes ao âmbito de proteção e às restrições aos direitos fundamentais (SILVA, 2010, p.43). Neste tópico, pretende-se, portanto não só apontar as deficiências da proposta de Dworkin e Alexy, mas também apresentar os pressupostos teóricos que conduzem à opção por uma teoria restrita do âmbito de proteção dos direitos fundamentais, ao invés daquela ampliativa sustentada pelo jurista alemão e seus seguidores.

#### 2.3.1. A distinção entre regras e princípios (Dworkin)

A separação conceitual entre regras e princípios está na base da crítica elaborada por Dworkin ao positivismo jurídico, em especial à teoria positivista de Herbert Hart. Segundo Dworkin, porque ignora a diferença entre regras e princípios, o positivismo não é capaz de dar respostas a todos os casos de direito, pois a regra de reconhecimento que dá completude ao sistema jurídico positivista<sup>17</sup> só é capaz de responder sobre a correção da aplicação de regras, não havendo, pois respostas na teoria de Hart aos casos em que seja necessária a aplicação de princípios (DWORKIN, 2002, p.48).

Antes disso, porém, Dworkin procurou identificar os principais traços de distinção entre regras e princípios, tendo chegado a dois pontos principais: a) regras são aplicadas segundo a lógica do tudo ou nada, enquanto os princípios apenas sugerem razões para determinado resultado (DWORKIN, 2002, p. 39); e b) princípios possuem um “peso”, mediante o qual podem ser comparados a outros princípios, a

---

<sup>17</sup> Segundo a síntese do positivismo jurídico elaborada por Dworkin no capítulo denominado “*O modelo de regra – I*” do seu “*Levando os direitos a sério*”, a regra de reconhecimento está no topo de um sistema normativo e estabelece o modo como as demais regras devem ser elaboradas. É a regra de reconhecimento que confere, em última instância a validade para as normas que estão abaixo dela. (DWORKIN, 2002, p. 33-34)



fim de que se possa determinar qual deles prevalece em caso de colisão, ao passo em que as regras carecem desta característica (DWORKIN, 2002, p. 42).

Para explicar a primeira premissa, Dworkin utiliza de forma extensa o exemplo de uma regra do jogo de beisebol, segundo a qual “*se o bateador errar três bolas está fora do jogo*”. De acordo com o desenvolvimento da ideia, o juiz de partida de beisebol que observar o bateador errar três vezes, não terá outra escolha que não eliminar o bateador, ou seja, a regra se aplica pela lógica do tudo ou nada (DWORKIN, 2002, p. 39). Dworkin alude também para o fato de que esta regra pode admitir exceções como: “*o bateador que errar três bolas não será eliminado se o pegador deixar cair a bola no último lançamento*”, o que, no entanto não altera a sua estrutura, de modo que a regra inicial permanece sendo aplicada pela lógica do tudo ou nada. O enunciado da regra deve comportar, portanto as suas exceções para que possa ser considerado completo (DWORKIN, 2002, p. 39-40).

Em contraposição, Dworkin se utiliza do enunciado “*nenhum homem pode beneficiar-se dos erros que comete*”, para demonstrar que os princípios não são aplicáveis pela lógica do tudo ou nada. Para ele, este enunciado, utilizado por um Tribunal de Nova Iorque para resolver o caso *Riggs vs. Palmer*<sup>18</sup>, não se assemelha às regras, pois “*não apresentam consequências jurídicas que se seguem automaticamente quando as condições são dadas*” (DWORKIN, 2002, p.). Esta conclusão é baseada no fato de que, muito embora possam existir diversos casos nos quais o enunciado é contrariado, nem por isso ele perde a sua validade<sup>19</sup> (DWORKIN, 2002, p. 40). Destarte, princípios derrotados após uma colisão (com regras<sup>20</sup> ou princípios) “*continuam tão válidos quanto antes*”, diferente do que ocorre com as regras (VIRGÍLIO, 2010, p. 50).

A segunda premissa de Dworkin, que identifica uma dimensão de pesos nos princípios, é o que torna possível decidir, diante de uma

---

<sup>18</sup> Em *Riggs vs. Palmer a New York State Civil Court* foi chamada a decidir se um neto incluso no testamento do avô teria direito a receber a herança garantida pela lei de sucessões, caso tivesse sido ele o causador da morte de seu ascendente (DWORKIN, 2002, p. 37).

<sup>19</sup> O exemplo de Dworkin é a hipótese da usucapião reconhecida a quem por muito tempo atravessa um terreno sem autorização (DWORKIN, 2002, p. 40)

<sup>20</sup> Virgílio Afonso da Silva nega que haja verdadeiras colisões entre regras e princípios. Para ele, uma aparente colisão deste tipo é na verdade uma colisão entre princípios utilizada para dar forma à regra. (VIRGÍLIO, 2010, p. 52-53)

colisão entre princípios, qual é o mais adequado ao caso concreto. Esta ponderação de pesos, no entanto, conforme ele mesmo reconhece não é exata e, invariavelmente conduzirá a controvérsias (DWORKIN, 2002, p. 42). As regras, por seu turno, não admitem tal ponderação por pesos, ao passo em que suas colisões se resolvem pela aplicação de regras externas a elas, como “*lei posterior derroga anterior*” e “*lei especial se sobrepõe à lei geral*” (VIRGÍLIO, 2010, p.49).

Em síntese, a segunda premissa enunciada por Dworkin significa que princípios colidem na dimensão do peso, enquanto as regras colidem na dimensão da validade (GUNTHER, 2011, p. 203), ou seja, o enfrentamento entre princípios não resulta na expulsão de um deles do ordenamento, mas tão só na declaração de que para um determinado caso concreto o outro princípio é que deve prevalecer, enquanto na colisão de regras uma delas (ou parte de uma delas) deve, necessariamente, ser declarada inválida perante a ordem jurídica.

### 2.3.2. Direitos definitivos e direitos *prima facie*

A conjunção das premissas enunciadas por Dworkin conduz a uma conclusão importante para a forma como os direitos fundamentais são conformados na teoria dos princípios, as regras garantem direitos em definitivo, enquanto os princípios direitos *prima facie* (VIRGÍLIO, 2010, p. 45).

Isso significa que ao aplicar uma regra, o direito nela previsto deve ser realizado por completo, assim como a regra de beisebol oferecida como exemplo por Dworkin, caso o bateador erre os três lançamentos – e o pegador não solte a última bola – ele está eliminado do jogo, não há meio termo. O resultado da aplicação da norma já estava contido na própria norma, de forma que não poderia ser outro. Neste caso, o juiz não está autorizado a, por exemplo, conceder uma nova chance ao bateador por ter constatado que na última jogada este foi atrapalhado pelo sol.

Os princípios, por sua vez, não comportam este grau de precisão, pois há diferença entre aquilo que é garantido *a priori* do caso concreto e o que é garantido em definitivo (VIRGÍLIO, 2010, p. 45), ou seja, um princípio não contém a previsão de um resultado certo e definitivo do tipo *se A então B*, como ocorre com a regra de beisebol, mas apenas razões que devem orientar o juiz a decidir um caso concreto. Para os princípios não existe um tudo ou nada, mas um “*mais ou menos*” (ÁVILA, 2005, p.35).

### 2.3.3. Princípios como mandados de otimização (Alexy)

A proposta de conceber os princípios como mandados de otimização foi cunhada por Alexy, como forma de complementar a distinção entre regras e princípios enunciada por Dworkin, a fim de que ela pudesse conformar um método interpretativo capaz de conduzir o interprete a uma resposta correta, ainda que essa resposta seja inalcançável (ALEXY, 1988). Como mandados de otimização os princípios são, nas palavras de Alexy, “*normas que requerem que algo seja realizado na maior medida possível, das possibilidades fáticas e jurídicas*” (ALEXY, 2003, p. 5). Nesta medida, diversos das regras, os princípios podem ser aplicados em diferentes graus, a depender do caso concreto caracterizado por uma colisão entre princípios (VIRGILIO, 2010, p. 46). A possibilidade de aplicar um princípio em graus distintos decorre da premissa de que possuem pesos relativos e possibilita a sua interpretação mediante sopesamento em casos de conflito.

A ideia de otimização se amolda com perfeição à concepção de constituição como uma ordem axiológica dirigida a um determinado fim<sup>21</sup>, orientada, na concepção de Dworkin, por uma teoria política e na proposta de Alexy por um ideal do melhor possível, identificado por autores como Luís Roberto Barroso e Ana Paula de Barcellos com um norte de justiça (BARCELLOS; BARROSO, 2014a, p.9-10). Além disso, é o pressuposto central que justifica a recepção por Alexy de uma teoria ampliativa do âmbito de proteção dos direitos fundamentais (VIRGILIO, 2010, p. 46), pois somente a partir de um suporte fático

---

<sup>21</sup> Não se deve confundir a concepção de Constituição como ordem axiológica destinada a um fim, com aquela que se sustenta neste trabalho, segundo a qual a Constituição é uma ordem normativa prospectiva, orientada por objetivos fundamentais. Na concepção de Dworkin e Alexy, o suposto ideal constitucional não decorre da interpretação da Constituição, mas da compreensão do conteúdo político que a sustenta (Dworkin) ou do ideal pretensamente natural (Alexy), e serve como justificativa para que o direito fundamental se torne efetivo somente diante do caso concreto. Já na proposta aqui defendida, os objetivos fundamentais devem ser identificados na Constituição e tem como função orientar a limitação dos âmbitos de regulação e proteção dos direitos fundamentais. O traço em comum é o reconhecimento de que a Constituição influi de forma direta e ativa no processo de interpretação dos direitos fundamentais, como forma de reforçar o seu poder concretizador.

irrestrito o aplicador da norma seria capaz de identificar no princípio todos os suportes necessários para realiza-lo na maior medida possível<sup>22</sup>.

#### 2.3.4. Críticas

A distinção estrutural entre regras e princípios proposta por Dworkin e assimilada por Alexy, não está asalvo de críticas, muito pelo contrário. Autores como Klaus Günther e Luigi Ferrajoli na Europa e Humberto Ávila no Brasil dedicaram textos sobre a classificação estrutural das normas, nos quais descreveram críticas mais ou menos severas à proposta de Alexy. Ávila possui, inclusive, toda uma obra dedicada aos princípios em que tratou da proposta do jurista alemão e em face da qual recebeu resposta de Virgílio Afonso da Silva<sup>23</sup>, adepto da teoria de Alexy de quem foi orientando na universidade de Kiel. Neste trabalho se apresentará uma síntese dos argumentos utilizados pelos autores citados, mas sem ignorar o esforço de outros.

##### 2.3.4.1. Günther e Humberto Ávila

Klaus Günther não refuta por completo a distinção entre regras e princípios proposta por Alexy, tão pouco afasta a própria ideia de distinção. A divergência apontada por ele reside em desconsiderar a existência de uma diferença estrutural entre regras e princípios (GÜNTHER, 2011, p.206-208). Günther explica, baseado em John Searle, que o contraste entre as normas surge em razão das “*condições da ação, as quais estabelecem a forma de tratarmos as normas em situações*” (GÜNTHER, 2011, p.200). Em outros termos, segundo o autor não é possível identificar dois tipos de normas a priori da sua aplicação. Na linha desta proposta, são regras aquelas normas que forem aplicadas, na medida em que possa ser afastada a justificação de aplicação e princípios aquelas que, na sua aplicação dependerem da consideração de todas as circunstâncias do caso (GÜNTHER, 2011, p. 204).

Para que a crítica possa ser compreendida, é preciso observar que Günther concebe a interpretação da norma como a conjunção de dois discursos distintos, a justificação e a aplicação (MARTINS; OLIVEIRA, 2006, p. 242-243). No primeiro são observadas as condições de validade da norma perante uma situação de fato, ou seja, se

---

<sup>22</sup> Este tema será tratado com maior precisão no tópico 3.2.1.

<sup>23</sup> A obra de Ávila é o seu, *Teoria dos Princípios* e o artigo de Virgílio, *Princípios e regras: mitos acerca de uma distinção*.

a norma é passível ou não de aplicação à situação (definição semântica), enquanto que no segundo, são consideradas todas as circunstâncias do caso concreto, a fim de determinar qual norma deve ser aplicada (GÜNTHER, 2011, p.201). Na proposta de Günther a obrigação só surge depois de consideradas todas as circunstâncias de fato, diferente da ideia de Alexy que considera a existência de obrigações *prima facie* (GÜNTHER, 2011, p. 201-205). Disso, cairia por terra a distinção de regras como normas que estruturalmente demandam aplicação do tipo tudo ou nada e princípios que se aplicam por sopesamento.

Na concepção de Günther, normas que seriam *a priori* classificadas como regras por Alexy, podem ser classificadas como princípios, a partir do momento em que um contexto específico de aplicação demande a consideração de todas as circunstâncias do caso concreto. Da mesma forma, uma norma tida como princípio por Alexy deverá ser considerada regra quando seja possível afastar o discurso de aplicação.

Exemplo da primeira conclusão poderia ser formulado da seguinte maneira: João, indiciado por furto (art. 155, Código Penal<sup>24</sup>) após ser preso por subtrair duas laranjas de um grande supermercado para fazer suco para os filhos, foi absolvido em razão de o juiz ter considerado que, mesmo sendo a ação passível de enquadramento no tipo penal em questão (sendo, portanto a norma aplicável à situação), a sua conduta traduziu: a) ofensividade mínima; b) *nenhuma periculosidade*; c) reduzido grau de reprovabilidade; e d) *baixo prejuízo para o ofendido*<sup>25</sup>. O artigo 155 do Código Penal brasileiro tem, segundo a proposta de Alexy estrutura de regra, pois determina um resultado definitivo para a conduta típica, qual seja uma pena de reclusão, no entanto, no exemplo se comportou como princípio, sendo afastado por outra norma, conhecida pela doutrina e jurisprudência como “*princípio da insignificância*”.

Na outra ponta, todo princípio (concebido dessa forma por Alexy) que tenha passado por uma argumentação de aplicação passará a definir uma obrigação definitiva para todos os casos concretos em que não

---

<sup>24</sup> Artigo 155, Código Penal: Subtrair, para si ou para outrem, coisa alheia móvel. Pena - reclusão, de um a quatro anos, e multa.

<sup>25</sup> Os critérios são os considerados pelo STF para a aplicação correta do que ficou conhecido na doutrina e na jurisprudência como “princípio da insignificância.”

<http://www.stf.jus.br/portal/glossario/verVerbete.asp?letra=P&id=491>

forem alteradas as suas circunstâncias. Assim, se a avaliação do conjunto de circunstâncias (Cxyz)<sup>1</sup> conduziu à aplicação da norma (N<sup>1</sup>), ao invés da norma colidente (N<sup>2</sup>), tomado o conjunto de circunstâncias de outro caso concreto (Cxyz)<sup>2</sup>, a norma aplicável será (N<sup>1</sup>), sem que para essa conclusão se tenha que recorrer novamente ao discurso de aplicação (GÜNTHER, 2011, p. 200), ou seja, a norma (N<sup>1</sup>) tida por Alexy como princípio, se comportou como regra.

Importante ressaltar ainda que Günther previu a possibilidade de que o legislador de antemão já tenha operado certos discursos de aplicação baseado em casos possíveis, de forma a fazer a norma surgir já com a previsão de obrigações determinadas para os casos considerados (GÜNTHER, 2011). Esta intervenção é o que determina o grau de abstração da norma, sendo representada, portanto, pela redução de tipicidade que não se vê somente nas regras de Alexy, mas também nos seus princípios, por meio, por exemplo, de restrições de texto e de reservas legais. Porém, como não é possível prever todos os casos, ainda que haja uma máxima redução de tipo, sempre haverá margem para a aplicação segundo a consideração de todas as circunstâncias.

#### 2.3.4.2. Ferrajoli

Ferrajoli, assim como Günther não identifica diferenças estruturais entre regras e princípios, porém sua crítica difere da formulada pelo jurista alemão na medida em que não vincula o comportamento da norma – como regra ou princípio – segundo a sua participação na argumentação jurídica. Para Ferrajoli a distinção é meramente estética<sup>26</sup> (FERRAJOLI, 2011a, p. 106), pois vinculada a forma como a norma se apresenta no ordenamento, regras são elaboradas com referência à sua violação, enquanto os princípios à sua observação (FERRAJOLI, 2011a, p. 105). Em outras palavras, o texto das regras parece querer apenas evitar sua mácula e o texto dos

---

<sup>26</sup> Muito embora se refira à distinção como “de estilo” Ferrajoli defende a formulação estética diversa entre “regras e princípios”: “*A formulação das normas constitucionais na forma dos princípios e precisamente dos direitos fundamentais não é apenas um fato de ênfase retórica, mas também tem uma relevância política, uma vez que serve para explicitar, com a titularidade dos direitos das pessoas, a própria titularidade das normas constitucionais nas quais os direitos consistem e, por isso, a sua colocação em posição supraordenada ao artifício jurídico, como titulares de outros tantos fragmentos da soberania popular.*” (FERRAJOLI, 2011a, p. 106)

princípios exigir a sua realização, o que não significa, porém, que regras não exijam observação e princípios não requeiram a sua não violação.

Para o autor garantista, a norma que proíbe o homicídio, ainda que seja formulada de modo a prever um resultado para a conduta que a desrespeite, externa os contornos do direito à vida, de modo que a sua existência significa para o observador um imperativo de respeito a este bem fundamental (FERRAJOLI, 2011<sup>a</sup>, p. 105). A referida norma se comporta, portanto, ao mesmo tempo como regra e como princípio. O mesmo ocorre com as normas tidas por Alexy como princípios. O exemplo de Ferrajoli é a isonomia que, uma vez violada pela conduta da discriminação se comporta como regra exigindo a sua aplicação (FERRAJOLI, 2011<sup>a</sup>, p. 105).

Talvez um exemplo de norma *esteticamente completa* segundo as ordens do jurista italiano, seria aquela prevista no inciso IX do artigo 5º da Constituição brasileira, a qual prevê ser livre a expressão da atividade intelectual independente de censura<sup>27</sup>. Ao mesmo tempo em que requer o respeito a uma liberdade, veda expressamente uma conduta específica, o que é até supérfluo<sup>28</sup>, afinal a censura nada mais é do que uma forma de violação da liberdade de expressão.

A oposição em face da concepção de Dworkin e Alexy oferecida por Ferrajoli não se limita, contudo, ao plano teórico, aponta também questões práticas como a perda do alcance normativo dos direitos fundamentais (FERRAJOLI, 2011a, p. 107). De acordo com a crítica elaborada, compreender estes direitos como mandados de otimização passíveis de aplicação em diferentes graus conforme o caso concreto, representa incerteza e perda de força normativa, na medida em que um direito, que deveria ser absoluto, passa a ser relativizado (FERRAJOLI, 2011a, p. 109).

---

<sup>27</sup> Art. 5º, IX, CRFB/88 - é livre a expressão da atividade intelectual, artística, científica e de comunicação, independentemente de censura ou licença;

<sup>28</sup> A vedação à censura é supérflua do ponto de vista normativo, porém, é preciso considerar que a sua inclusão se deve a um contexto histórico em que se procurou refutar alguns dos símbolos maiores do momento político anterior, entre os quais a censura é importante. Dessa forma, a vedação expressa tem uma função simbólica que marca, de certa forma, uma tomada de posição frente a uma postura política indesejável. Por isso pode, sim, ser considerada funcional do ponto de vista argumentativo.

### 2.3.4.3. Humberto Ávila

A crítica de Humberto Ávila não é, em essência, diversa da formulada por Günther, o qual, inclusive mereceu menção do jurista brasileiro na parte de sua monografia sobre os princípios em que refuta a teoria de Dworkin e Alexy. Em síntese, Ávila afirma que, muitas vezes, as regras podem perder o seu caráter absoluto mediante a observação das circunstâncias do caso concreto (ÁVILA, 2005, p. 36) e que, sua densidade normativa pode ser tão baixa quando a vista nos princípios nas hipóteses em que o suporte fático não foi previamente delimitado pelo legislador (ÁVILA, 2005, p. 39). Com base nestas premissas, Humberto sustenta que *“a distinção entre princípios e regras não pode ser baseada no suposto método do tudo ou nada de aplicação das regras, pois também elas precisam, para que sejam implementadas suas consequências, de um processo prévio de interpretação”* que pode ser tão complexo quanto o atribuído aos princípios por Alexy (ÁVILA, 2005, p. 40).

Segundo escreve Ávila, a única diferença constatável entre regras e princípios é seu grau de abstração, afastamento que perde importância quando se constata que regras dependem da conjunta interpretação de princípios – como no caso da insignificância, citado acima – e que princípios geralmente exigem a complementação de regras para serem aplicados (ÁVILA, 2001, p. 14). Contudo, Ávila, assim como Ferrajoli, também constata que os princípios podem ser concebidos como normas que oferecem razões substanciais ao observador, enquanto as regras são elas mesmas as razões para sua observação (ÁVILA, 2005, p. 40-41). Esta distinção expressa a cisão de estilo descrita Ferrajoli entre normas que se referem à observação e normas que se referem à aplicação e não tem correlação direta com o grau de abstração do texto.

Muita embora a crítica de Ávila não represente grande novidade em relação às tecidas por Günther e Ferrajoli, a sua citação neste trabalho ganha importância pelo contraponto dirigido a ela por Virgílio Afonso da Silva<sup>29</sup> que, sob o pretexto de reforçar os pressupostos teóricos da distinção entre regras e princípios oferecida por Alexy, acaba por evidenciar as suas fraquezas.

---

<sup>29</sup> Em ÁVILA, Humberto. *Princípios e regras: mitos e equívocos acerca de uma distinção*. In: Revista Latino-Americana de Estudos Constitucionais, n.1 (p. 607-630). Belo Horizonte: Del Rey, 2003.



### 2.3.5. Conclusão

Ao defender a distinção entre regras e princípios formulada por Dworkin e Alexy, Virgílio Afonso da Silva argumenta que a proposição sugerida por Ávila – e também sustentada por Günther –, segundo a qual tanto regras, quanto princípios dependem de interpretação complexa e, por isso não haveria entre eles uma distinção estrutural, decorre da desconsideração da diferença existente entre texto e norma (SILVA, 2002, p. 616). Explica Virgílio que o texto consiste no enunciado linguístico e a norma é o produto de sua interpretação, assim, de fato, normas e princípios têm origem num processo interpretativo, o que, contudo, não afeta sua estrutura. Como a interpretação é anterior ao surgimento da norma, a constatação de que regras e princípios são interpretados não decorre de uma semelhança estrutural entre elas (SILVA, 2002, p. 617).

O discípulo de Alexy reforça que o resultado da interpretação se limita à identificação dos referentes relativos aos signos linguísticos contidos no texto (âmbito temático) o que, no caso das regras é o suficiente para aplicá-la por subsunção. A interpretação dos textos que enunciam princípios, por sua vez, nem sempre permite que a norma seja subsumida, pois “*pode ser que outros princípios (...) sejam aplicáveis ao mesmo caso concreto*”, situação para qual a solução é o sopesamento (SILVA, 2002, p. 618). Para justificar o argumento, Virgílio se utiliza da comparação entre a norma da Constituição brasileira que prevê isenção tributária para “*livros, jornais, periódicos e o papel destinado à sua impressão*” (art. 150, VI, d, CRFB/88) e a também constitucional norma que protege a privacidade (art. 5º, X, CRFB/88). De acordo com a análise comparativa, após a definição semântica dos termos *jornais e periódicos* já é possível subsumir a norma, porém o mesmo não acontece a partir da definição de privacidade, pois num caso concreto é possível que o interprete identifique outros princípios aplicáveis como a liberdade de expressão (SILVA, 2002, p. 618).

O exemplo serve para esclarecer a questão. O texto da Constituição diz ser “*invioláveis a intimidade, vida privada, a honra e a imagem das pessoas*”, o que corresponde a dizer que é proibido violar estes bens jurídicos. Assim, segundo uma perspectiva que adote a subsunção como forma de aplicação dos direitos fundamentais, a função do interprete diante da dúvida sobre a aplicação, por exemplo, do direito à privacidade, é a de descobrir quais são os limites constitucionais do direito que protege este bem. Assim, caso identifique que são privados e protegidos os “*assuntos pessoais, neles contidos a vida em família no*

*interior do lar, mas excluídas as apresentações profissionais em público*”, o interprete aplicará a norma em face do jornalista que filmou um jantar em família pela janela da residência, mas não a aplicará caso a filmagem seja de uma palestra no auditório da universidade. Estas, no entanto, não são respostas intuitivas caso se opte por percorrer o caminho sugerido por Virgílio e Alexy.

De acordo com o argumento de Virgílio, em ambos os casos o interprete deveria reconhecer a colisão entre o princípio da privacidade e o princípio da liberdade imprensa, para então realizar a comparação de seus pesos em cada ocasião, para só então definir a resposta a ser dada. Isso porque, na teoria dos princípios de Alexy, a expressão *inviolável – traduzida aqui como ‘é proibido violar’* – vista no texto constitucional perde seu sentido normativo (FERRAJOLI, 2011a, p. 107), para assumir apenas função instrumental de reforçar a importância do valor protegido. Esta conclusão denota que a interpretação do texto descrito na primeira parte do inciso X do artigo 5º não conduz a uma norma, mas a um valor. Neste ponto é importante recordar a distinção entre norma e valor oferecida por Habermas e já citada acima: normas obrigam seus destinatários a um comportamento, enquanto valores expressam preferências dignas de serem desejadas (HABERMAS, 1997, p. 316). É este último sentido que comporta os princípios de Alexy.

Assim, *a priori*, a violação – no sentido normativo do termo – da privacidade é um problema inexistente, pois na medida em que representam metas desejáveis, valores não são passíveis de violação, antes que se possa dizer que sua aplicação é a mais adequada para solucionar determinado caso concreto. Isto não significa, porém que a construção de Alexy, defendida por Virgílio, careça de normatividade. Ela está expressa pela *regra*<sup>30</sup> de otimização que determina ao interprete concretizar os valores na maior medida possível, sendo a única norma identificável anterior ao processo de argumentação. Destarte, muito embora se possa enxergar normatividade no momento anterior à interpretação dos princípios, deve-se reconhecer sua fragilidade.

---

<sup>30</sup> Chama-se de regra no sentido proposto por Alexy, pois sem dúvida tem a forma de uma norma aplicável segundo a lógica do tudo ou nada, na medida em que instrumentaliza a pretensão de correção da teoria argumentativa do jurista alemão. Esta é mesma conclusão de Aulis Aarnio, compartilhada por Humberto Ávila (2005, p. 55). Segundo explica Aarnio: “*Um mandato, de acuerdo con el concepto, es como una regla: o se sigue o no se sigue. De este modo, el mandato de optimización es también una regla que no puede ser aplicada mas ou menos. O se optimiza o no se optimiza.*”. (AARNIO, 1997, p. 27)

É isto que permite a Günther afirmar que Alexy conjuga as duas fases da argumentação jurídica (justificação e aplicação) na fase de sopesamento (GÜNTHER, 2011), pois antes do procedimento de comparação de pesos não faz sentido interpretar. Esta conclusão se revela ainda mais clara quando Virgílio diz que os princípios são envolvidos no sopesamento se identificada qualquer “*ação, estado ou posição jurídica que tenha alguma característica que, isoladamente considerada, faça parte de seu âmbito temático*” (SILVA, 2011, p. 109). Nessaesteira, interpretar juridicamente o termo *privacidade* antes do sopesamento se revela inútil, pois a definição do âmbito temático não tem qualquer sentido normativo, mas apenas referencial<sup>31</sup>. É algo como definir o tema *direito do trabalho* para um congresso e permitir aos palestrantes escolher o assunto de seu discurso, a partir de uma interpretação própria acerca do que seja o *direito do trabalho*.

Sob esta perspectiva, ao retomar a crítica inicial de Virgílio, em que acusa Humberto Ávila de confundir texto com norma, percebe-se que o equívoco não é deste, mas daquele. Isso, pois até que seja exigido do interprete proceder ao sopesamento, não lhe é solicitado qualquer esforço interpretativo – *no sentido jurídico* –, mas apenas a observação de um referencial, ou seja, até o momento da argumentação o texto não foi convertido em norma. A verdadeira interpretação que permitirá aos signos linguísticos do texto constitucional assumir a forma de norma só ocorre durante o sopesamento<sup>32</sup>, sendo, então, este o momento de

---

<sup>31</sup> A definição do referencial, haja vista que não tem correlação com condutas que podem ou não ser realizadas ou que são ou não permitidas ou proibidas, depende exclusivamente de uma definição semântica vaga. Uma interpretação que pretenda enunciar um dever-ser, por sua vez, não admite vagueza, pois desta forma é impossível compreender o que se pretende com a correlação entre ser e dever.

<sup>32</sup> Sobre esta conclusão interessante o esclarecimento de Aarnio: “(...) *todas las formulaciones de normas y todas las normas están TCF (consideradas todas as circunstâncias) en la misma posición. Esto también se ve claramente en una situación en la que dos principios valorativos entran en conflicto. Ambos son PF (prima facie) válidos. Cuando son interpretados TCF se entrecruzan y juntos constituyen la regla que se aplica al caso.*” (AARNIO, 1997, p. 26). Aarnio concebe a descrição de um princípio como uma formulação normativa a ser interpretada e não como uma norma. Esta é uma descrição própria e não uma descrição a partir da concepção de Alexy. Tomada a concepção de Alexy, a descrição do princípio sequer pode ser considerada como formulação normativa, pois o seu operador deôntico (regra de otimização) não faz parte de sua formulação linguística. A regra de otimização não é elemento do princípio, é um

identificar sua estrutura. O resultado do sopesamento é uma norma aplicável por subsunção como qualquer outra norma (AARNIO, 1997, p. 32-33), pois se a argumentação foi dirigida por uma pretensão de correção, não é dada ao interprete a opção de rejeitar o seu resultado<sup>33</sup>, ou seja, os críticos tem razão em questionar a distinção estrutural entre regras e princípios defendida por Virgílio e Alexy.

Considerado, pois que a norma é produto do sopesamento e que a sua forma de aplicação só pode ser a subsunção, a teoria de Alexy se mostra incapaz de sustentar outro dos argumentos utilizados por Virgílio para confrontar a crítica de Ávila, resumido na ideia de que é a estrutura específica dos princípios que determina a sua forma diversa de aplicação (SILVA, 2010, p. 60). Segundo as conclusões sustentadas até agora, a estrutura da norma sequer pode exigir um sopesamento. A necessidade de sopesamento decorre da observância da regra de otimização cuja existência para o interprete dos direitos fundamentais depende de uma concepção destes direitos como valores – *e não como direitos*. Daí se falar no tópico 2.2.3 que a recepção das teses de Dworkin e Alexy significa a inconveniente substituição do direito pela moral.

A rejeição da transformação do direito em moral parece implicar na exclusão da concepção dos direitos fundamentais como obrigações *prima facie*, a aplicação da regra de otimização e, assim, a necessidade de sopesamento como forma de interpretação dos direitos fundamentais (e de quaisquer outros direitos que possam ser considerados princípios). Esta não é, contudo, a conclusão de autores como Humberto Ávila e Luis Prieto Sanchís que, a par de refutar a distinção entre regras e princípios oferecida por Alexy, defendem a aplicação do sopesamento, um como decorrência da correlação diretiva entre normas e suas razões (ÁVILA, 2005, p.50<sup>34</sup>) e outro como

---

atributo que se liga a ele para que possa, após um processo interpretativo se converter em norma. É uma condição *sine qua non* de juridicidade da norma que exsurge do sopesamento. A outra é a pretensão de correção que não é atributo do princípio, mas da própria interpretação.

<sup>33</sup> Dworkin, por exemplo, diz que é ilógico para o interprete concluir, a partir da interpretação que a escravidão é condenável, ao mesmo tempo em que admite que pode estar errado.

<sup>34</sup> Diz Ávila: “A ponderação diz respeito tanto aos princípios quanto às regras, na medida em que qualquer norma possui um caráter provisório que poderá ser ultrapassado por razões havidas como mais relevantes pelo aplicador diante do caso concreto. (...) A dimensão axiológica não é privativa dos princípios, mas elemento integrante de qualquer norma jurídica.”. Ávila diz ainda que não os

elemento essencial de uma postura anti-positivista, tendo este afirmado, inclusive, que a adoção do sopesamento não estabelece uma conexão do direito com a moral (SANCHIS, 1996, p. 49).

### 2.3.6. Ponderação e juízos de validade substancial

As observações de Ávila e Sanchís são importantes porque a partir delas os autores entendem a ponderação como um imperativo para o direito no contexto constitucionalista, o que se pretende refutar. O modelo de interpretação proposto aqui dispensa o uso da ponderação, sem que com isso haja qualquer prejuízo para o poder normativo constitucional, pelo contrário. Deste modo, cabe demonstrar que o sopesamento não é exigência da correlação entre as normas e suas razões ou entãode um objetivo político determinado, nos termos oferecidos, respectivamente por Ávila e Sanchís.

Antes disso, porém, importante apresentar os contornos do modelo interpretativo fundado na ponderação, de acordo como desenhado por Alexy em sua teoria dos princípios. Isso porque, a necessidade de sopesar na formulação criada pelo jurista alemão decorre, segundo os desenvolvimentos de sua teoria, da diferença estrutural entre regras e princípios identificada por ele, de forma que parece estranha a apreensão da relação de necessidade entre interpretação constitucional e ponderação por autores que refutaram expressamente esta premissa.

No artigo que representa a síntese dos pressupostos de sua tese, aqui no Brasil intitulado “*Direitos Fundamentais, Balanceamento e Racionalidade*” na tradução de Menelick de Carvalho Netto, Alexy começa a abordagem do sopesamento pelo caso *Luth* (1958), em razão do qual, segundo ele, o Tribunal Constitucional Alemão admitiu pela primeira vez a construção extensa e holística das normas que garantem direitos fundamentais (ALEXY, 2003, p.2). Tratava-se de decidir se a conduta do escritor e diretor de cinema alemão Eric Lüth ao convocar o povo germânico ao boicote de um novo filme de Veit Harlan (um ex-diretor de cinema nazista) violaria o artigo 826 do Código Civil Alemão que determina uma prestação negativa a quem, por ação imoral<sup>35</sup>, causar

---

princípios não possuem peso, como sustentam Dworkin e Alexy, o peso seria característica das razões que os fundamentam. A ponderação não envolve normas, mas as suas razões (ÁVILA, 2005, p. 50-51).

<sup>35</sup> A redação do dispositivo em alemão é a seguinte: “*Wer in einer gegen die guten Sitten verstoßenden Weise einem anderen vorsätzlich Schaden zufügt, ist*

dano a outrem (MARTINS, 2005, p. 381). Chamado a decidir, o Tribunal Constitucional Alemão teria evidenciado a necessidade de ponderar entre os valores da liberdade de expressão e da moralidade pública, para decidir que a vedação do referido artigo 826 não abrangia a conduta de Lüth (ALEXY, 2003, p.3).

Para Alexy, o Tribunal Constitucional Alemão salientou a necessidade de “balancear interesses”, pois adotou uma construção aberta dos direitos fundamentais que é diversa daquela construção estreita que demanda a aplicação das normas por subsunção. Segundo ele, estas normas abertas, os princípios, colidem como os valores e, assim, só podem ser aplicados por sopesamento (ALEXY, 2003, p. 3). Todavia, conforme se verá adiante, é possível afirmar que no caso Lüth o Tribunal Constitucional Alemão não operou uma verdadeira comparação entre princípios, porém esta conclusão depende de compreender no que consiste o sopesamento.

O autor alemão explica que o sopesamento se sujeita à terceira fase de aplicação do princípio da proporcionalidade identificada na jurisprudência do Tribunal Constitucional Alemão, equivalente à proporcionalidade em sentido estrito que expressa a otimização relativa às possibilidades jurídicas nos seguintes termos: “*quanto maior o grau de não-satisfação ou de detrimento de um princípio, maior a importância de se satisfazer o outro.*”. Para ele, esta regra expressa que a otimização consiste no sopesamento entre princípios (ALEXY, 2003, p. 6). Em suma, a regra de otimização – *que é própria de normas com estrutura de valores* – conduz os princípios em conflito ao processo de sopesamento, no qual se decide qual deles sofrerá menos com a não aplicação e qual deles será mais importante satisfazer diante do caso concreto.

Disso se pode concluir que a aceitação do sopesamento, após a refutação da classificação estrutural entre regras e princípios, depende de conceber todas as normas do ordenamento como princípios no

---

*dem anderen zum Ersatz des Schadens verpflichtet.*” A expressão “imoral” não é a mesma utilizada na tradução do artigo de Alexy de Menelick que utiliza “políticas públicas”, como tradução da expressão “*public policy*” encontrada em algumas versões em inglês do Código Civil alemão. Uma tradução literal conduziria a algo como “decência pública”. Penso que a expressão “*políticas públicas*” em português estabelece uma referência com a ação estatal dirigida a atingir fins político-sociais, de forma que não parece adequada no contexto de um Código Civil. Opto, portanto pela tradução de Leonardo Martins, pois expressa um conceito jurídico adequado à tradução literal do termo.

sentido conferido por Alexy – *estrutura de valores* –, ou ao menos, que sejam normas orientadas pela regra de otimização. Nesta medida, é preciso aceitar que a normatividade de todas as normas é determinada pelos juízos axiológicos que se pode fazer em relação às suas razões, ou seja, é necessário admitir que a justificação de aplicação é moral e não jurídica e parece ser esta a opção de Ávila e Sanchís.

### 2.3.6.1. *Necessidade de ponderar: a proposta de Humberto Ávila*

A correlação entre interpretação normativa e sopesamento surge na teoria de Ávila quando critica a proposição de Alexy segundo a qual o interprete, ao observar um confronto entre regras, deve declarar uma delas inválida, enquanto que, diante de um conflito entre princípios a sua tarefa é determinar qual deles possui um maior peso diante do caso concreto, ou seja, observar a regra de otimização (ÁVILA, 2005, p. 41-42). Para o autor brasileiro, o equívoco de Alexy decorre de desconsiderar a possibilidade do conflito de regras no plano concreto – *após justificada, em abstrato, a validade de ambas as normas em conflito* –, situação em que o juízo de validade/invalidade não mais seria possível (ÁVILA, 2005, p. 42).

A possibilidade de colisão em concreto de regras decorre de outra premissa sustentada por Ávila como crítica à teoria de Alexy, a de que tanto regras, quanto princípios são orientados por razões valorativas (ÁVILA, 2005, p. 45). A partir daí, seria possível compreender que a solução de conflito entre duas regras não exige a expulsão de uma delas do ordenamento, pois a razão que a sustenta pode justificar a sua aplicação em outros casos. Há, portanto uma relação de determinação entre as regras e suas razões, assim como há para os princípios, de forma que a interpretação de uma depende da consideração da outra (ÁVILA, 2005, p. 47). Assim, quando duas regras conflitam, é preciso tomar em conta as razões que dão suporte a ambas, ou seja, é necessário sopesá-las (ÁVILA, 2005, p. 44).

Para demonstrar esta proposta, Ávila descreve dois exemplos em que, segundo ele, resta evidente o conflito em concreto entre regras e a necessidade de solucioná-lo mediante sopesamento. Estes exemplos foram objeto de refutação por Virgílio Afonso da Silva como forma de evidenciar que regras são estruturalmente diversas de princípios, contudo, o importante a considerar aqui é que nenhum deles se presta a demonstrar a necessidade de sopesamento.

Um dos exemplos desuposto conflito comentados por Ávila se dá entre a norma que proíbe a concessão de medida liminar capaz de esgotar o objeto litigioso (art. 1º da Lei 9.494/97<sup>36</sup>) e outra que determina ao Estado a concessão, de forma gratuita, de medicamentos excepcionais para pessoas que não puderem custeá-los (Art. 1º da Lei estadual do Rio Grande do Sul 9.908/93<sup>37</sup>), a aplicação da primeira regra seria incompatível com a da segunda numa ação em que se pleiteasse a concessão de medicamentos excepcionais (ÁVILA, 2005, p. 45). A análise destas normas revela que a primeira representa uma restrição estatal no âmbito de proteção do direito fundamental ao acesso à justiça (Artigo 5º, XXXV, CRFB/88<sup>38</sup>), pois exclui de antemão a apreciação de um pedido do autor, enquanto a segunda parece ser uma especificação do âmbito de proteção do dever do Estado de zelar pela saúde das pessoas (Artigo 196, CRFB/88<sup>39</sup>). Se for assim, deve-se entender que cada uma das normas impõe um problema distinto ao juiz.

O primeiro problema a resolveré se, de fato, a concessão de medicamentos faz parte do âmbito de proteção do direito à saúde e se, em caso positivo, o autor da ação parece<sup>40</sup> ou não ter direito à concessão do fármaco pleiteado. Para este fim, a primeira regra não tem importância alguma. Caso a resposta do juiz a estas questões seja afirmativa, passará então ao segundo problema, resumido em dizer se a restrição ao âmbito de proteção do direito de acesso à justiça é justificável perante a Constituição. Se for, deve aplicar a primeira regra, se não for estará impedido de aplicá-la. Para concluir esta outra tarefa, observar as razões da segunda regra é desnecessário.

---

<sup>36</sup> O dispositivo faz referência à Lei nº. 8.437/92 que trata das medidas cautelares ajuizadas em face do poder público, mais especificamente o parágrafo 3º de seu artigo 1º que diz: “*Não será cabível medida liminar que esgote, no todo ou em qualquer parte, o objeto da ação.*”.

<sup>37</sup> Art. 1º, Lei estadual do Rio Grande do Sul nº. 9.908/93 - O Estado deve fornecer, de forma gratuita, medicamentos excepcionais para pessoas que não puderem prover as despesas com os referidos medicamentos, sem privarem-se dos recursos indispensáveis ao próprio sustento e de sua família.

<sup>38</sup> Art. 5º, XXXV, CRFB/88 - A lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito.

<sup>39</sup> Art. 196, CRFB/88 - A saúde é direito de todos e dever do Estado, garantido mediante políticas sociais e econômicas que visem à redução do risco de doença e de outros agravos e ao acesso universal e igualitário às ações e serviços para sua promoção, proteção e recuperação.

<sup>40</sup> Parece, pois em sede de antecipação dos efeitos da tutela não há que se falar em certeza sobre o direito.



Este exemplo, portanto, sequer inclui um verdadeiro conflito, pois as regras envolvidas não atuam sobre os mesmos deveres, nem possuem o mesmo destinatário. A primeira regra é dirigida ao juiz como limitação de um direito do autor, enquanto litigante, já a segunda determina uma obrigação específica para o Estado que constitui um direito para o autor enquanto cidadão. A aplicação da primeira regra não implica na contradição da segunda e vice-versa. Ainda que como litigante o autor venha a ser derrotado no pedido liminar, ele ainda terá direito a medicamentos excepcionais como cidadão, o que pode lhe garantir a concessão após a cognição exauriente. Por outro lado, caso o juiz deixe de aplicar a vedação prevista na lei federal, não será em face do dever genérico do Estado de garantir a saúde dos cidadãos, mas porque esta norma impede ou dificulta injustificadamente o acesso à justiça do litigante<sup>41</sup>.

---

<sup>41</sup> Outro exemplo apresentado por Humberto Ávila na sua monografia intitulada “Teoria dos Princípios” é o de uma regra que estabeleça a velocidade de 60km/h como limite máximo para o perímetro urbano e estabeleça a pena de multa por sua violação. Em contraposição, descreve outra regra, esta do departamento de trânsito segundo a qual se deixa de emitir a multa caso o motorista, especialmente se for taxista, comprove, por meio de boletim de ocorrência, que estava acima da velocidade em vista de conduzir passageiro gravemente ferido para o hospital. Segundo Ávila, as duas regras são colidentes e a aplicação da segunda depende de sopesar as razões que deram origem a ambas as normas (ÁVILA, 2005, p. 46). Aqui também não há conflito entre regras, mas a verificação de uma exceção e uma vez mais não há sopesamento das razões que as justificam. Isso porque, a regra que estabelece limite de velocidade representa uma intervenção sobre o âmbito de proteção do direito de liberdade, justificada como forma de proteção da vida, exatamente a mesma razão de justificação da regra que permite ultrapassar o limite de velocidade. A aplicação da segunda regra em detrimento da primeira tem, pois razão lógica, afinal não faria sentido criar uma regra de proteção da vida cuja observação, em determinadas circunstâncias, representasse atentado a este mesmo direito. Sendo assim, a segunda regra apenas evidencia um limite lógico da primeira regra ou, em outros termos, evidencia que a conduta por ela protegida nunca pertenceu ao âmbito de proteção da primeira regra e, assim, constitui uma exceção. Insistir na possibilidade de ponderação de razões, neste caso, permite que qualquer ação capaz de ser justificada num valor protegido pela Constituição confronte a norma que estabelece o limite de velocidade em 60km/h, caso em que a superação desta regra por outra que proteja estas condutas só depende do arbítrio do juiz. Há no texto ainda outro exemplo, que descreve uma decisão do Superior Tribunal Federal brasileiro que deixou de aplicar a norma do artigo 224 (hoje já revogado) do Código Penal a um homem que teria mantido

Em contraposição a esta conclusão seria possível dizer que no caso de o magistrado considerar justificada a intervenção no âmbito de proteção do direito ao acesso à justiça, em concreto haveria um conflito entre as razões axiológicas que deram origem às normas, pois a não concessão da medida liminar – *criada como proteção ao erário* – poderia causar a morte do autor da ação ou prejuízo a sua saúde. Contudo, a simples colisão entre razões não pode dar ensejo a um conflito normativo jurídico para o qual é exigida uma argumentação jurídica de qualquer espécie. É por isso que Alexy afirma existir uma diferença entre valores e princípios, os primeiros são dirigidos ao que é melhor e o segundo ao que é devido (ALEXY, 1993, p. 147)<sup>42</sup>. As razões são relevantes juridicamente somente enquanto fundamentos da norma, conferir a elas uma força normativa independente significa abandonar o direito.

O outro exemplo citado por Ávila, ao contrário do primeiro, representa, de fato, um conflito normativo. Ele faz menção às seguintes regras do Código de Ética Médica: a) *os médicos devem informar ao paciente sobre todas as características de sua doença*; e b) *os médicos devem se utilizar de todos os meios disponíveis para a cura do paciente*. De acordo com o autor, haveria a necessidade de sopesar as duas regras em epígrafe na situação em que a informação sobre a doença

---

relações sexuais com uma jovem de 12 anos. A referida norma previa que o rapto de incapaz para fins libidinosos seria considerado violento, caso a vítima não fosse maior de 14 anos de idade. Para justificar a não aplicação do dispositivo legal, os ministros alegaram que a garota consentiu com o ato e aparentava física e intelectualmente ter mais de 14 anos de idade (ÁVILA, 2005, p. 37). Para Ávila este seria mais um exemplo de ponderação de razões (ÁVILA, 2005, p. 46), no que se engana uma vez mais. Isso porque a referida norma penal tinha como razão a proteção da integridade sexual dos menores de 14 anos, bem como a razão típica desse tipo de norma, qual seja a repressão de atos dolosos considerados repreensíveis (não existia a modalidade culposa). No caso, a decisão do Supremo Tribunal Federal se limitou a constatar que nenhuma das duas razões era justificável no caso concreto, por um lado porque a garota consentiu, e por outro porque considerou impossível ao acusado saber que estava cometendo um ato repreensível. Não houve, portanto uma prevalência de razões.

<sup>42</sup> Para Alexy, princípios e valores possuem exatamente a mesma estrutura, e, por isso se aplicam da mesma forma, a única coisa que os diferencia é que no modelo de valores (axiológico) se busca o que é melhor, enquanto que no modelo de princípios (deontológico), se busca o que é devido (ALEXY, 1993, p. 147).

signifique prejuízo dos meios de cura (ÁVILA, 2005, p. 44). Ávila tem razão ao apontar a necessidade de sopesamento, contudo, parece evidente que, no caso, o juízo a ser realizado não é jurídico, mas moral, de modo que o exemplo não é capaz de explicar o comportamento do interprete perante regras jurídicas. Normas éticas expressam valores, normas jurídicas, por sua vez são conectadas a determinados valores por um imperativo normativo (constitucional). Em outros termos, normas éticas são válidas porque são boas e deste modo sempre serão aplicadas por sopesamento<sup>43</sup>, já as normas jurídicas são válidas porque justificadas constitucionalmente, ou seja, a aplicação de ponderação como forma de solucionar supostos conflitos entre normas deste tipo depende de poder considerá-las como valores.

Refutados os exemplos, a empreitada de Ávila parece, no mínimo, prejudicada, haja vista que sustentada na força do que pretendia demonstrar. Contudo, é preciso destacar uma premissa importante salientada pelo autor: a existência de ligação do direito com suas razões axiológicas. Este é um ponto comum na doutrina constitucionalista que rejeita a manutenção dos pressupostos do positivismo kelseniano<sup>44</sup> etambém na de Ferrajoli. Isso, pois representa a ideia central do movimento reativo ao positivismo de Kelsen, que incorpora ao juízo de validade formal, que sustenta praticamente sozinho o edifício teórico rechaçado, uma dimensão substancial. Esta é uma premissa que não pode ser abandonada, contudo não é ela a razão que leva o interprete a sopesar.

#### *2.3.6.2. Necessidade de ponderar: a proposta de Luis Prieto Sanchís*

Ao tratar da ponderação, Luis Prieto Sanchís parte do pressuposto teórico descrito no parágrafo anterior para reafirmar o compromisso das teses anti-positivistas com o conteúdo substancial. Segundo o jurista espanhol não há como negar a importância da ponderação ante o especial caráter do constitucionalismo pós-guerra que introduziu um amplíssimo conteúdo material nos direitos fundamentais tendencialmente contraditórios, em face do que o modelo tradicional de resolver colisões entre normas resulta insuficiente (SANCHÍS, 1996).

---

<sup>43</sup> De acordo com a concepção de Alexy acerca da diferença entre regras e princípios não existem regras morais, pois a aplicação de uma regra moral sempre dependerá de considerar os valores envolvidos.

<sup>44</sup> Por todos, Sanchís (2007, p.2).

O autor traz ainda outro argumento importante para este debate quando aborda a relação entre direito e moral. Segundo Sanchís, no novo paradigma constitucionalista, direito e moral aparecem inter-relacionados mediante uma conexão que não pressupõe a sobreposição de um pelo outro (SANCHIS 2007, p. 67). Aludindo à Habermas, ele diz haver um fenômeno de migração da moral para o seio do direito, movimento controlado pela argumentação jurídica que mantém os juízos de validade. Nesta medida, a moral não está positivada como direito (o direito não está reduzido a uma moral escrita), mas é instrumentalizada por ele (SANCHIS, 2007, p. 68 e 70).

A conjunção destes dois argumentos deveria demonstrar a necessidade da ponderação como método de solução dos conflitos normativos entre regras ou princípios, contudo não parecem convincentes. É certo que o choque de realidade a que foi submetido, no período entre guerras, o paradigma positivista durante a prevalência de regimes totalitários em alguns países europeus, exigiu uma veemente mudança de postura em face das premissas de teoria do direito até então aceitas sem grandes atropelos. E é correto também que a resposta mais incisiva e, talvez a mais acertada, oferecida pelos juristas foi aquela identificada na recepção, pelas constituições democráticas de um amplo conteúdo material.

Não há aqui, portanto, a negativa da importância da reação constitucionalista em face dos pressupostos positivistas, pelo contrário. Os argumentos de Habermas citados por Sanchís são de grande importância, a conexão entre direito e moral não parece apenas uma opção, mas uma força que mais vale reconhecer e domesticar do que tentar negar ou evitar. Para que esta não se torne uma tarefa impossível, porém, a recepção precisa ser amigável e ocorrer dentro de certos limites, só assim não representará a subversão do direito pela moral.

A proposta sustentada por Sanchís, todavia, não parece ser capaz de desenhar os contornos necessários para o controle da moral no seio do direito, na medida em que permite uma vulnerabilidade ilimitada da interpretação jurídica pelo juízo sobre razões axiológicas. Ao tomar os direitos fundamentais – e não só eles – como obrigações *prima facie*, o autor espanhol indica que não há alfandega nas fronteiras do direito<sup>45</sup>, toda razão é, *a priori*, razão, da nazista à humanista nada está excluído,

---

<sup>45</sup> Esta como se verá (tópico 3.2.1.) é uma das críticas dirigida à ampliação do âmbito de proteção dos direitos fundamentais sustentada pelos adeptos da ponderação.

o que se torna perigoso para quem acredita, como o autor, que, durante o sopesamento, as normas assumem o valor moral que se possa deduzir do juízo crítico ou racional sobre o conteúdo dos mesmos (SANCHÍS, 1996, p. 49), afinal o resultado deste juízo pode ser qualquer coisa.

Ao somar esses argumentos à permissão de sopesar inclusive na ausência de conflito normativo, ou seja, “*siempre que el resultado de aplicación de reglas le parezca al intérprete insatisfatório o injusto*”<sup>46</sup> (SANCHÍS, 1996, p. 47)”, denota-se que o direito na concepção de Sanchís não só está conectado com a moral, mas imergiu numa relação de dependência e condicionamento com a ela. O autor diz que esta sujeição só pode ser considerada uma conexão forte ou necessária entre direito e razão caso se reduza o direito a puro procedimento aplicativo (SANCHÍS, 1996, p. 48), contudo, diante dos seus argumentos não resta outra conclusão, senão a de que o direito foi reduzido à pretensa racionalidade do interprete e à sua autoridade. Se a norma assume um conteúdo moral qualquer pinçado de um universo sem fronteiras para ser interpretada e se é a moral que informa se a interpretação é correta, que papel resta para o direito?

Para evitar esta relação destrutiva, a ponderação precisaria ser o graal que tantos juristas tentaram anunciar durante séculos, uma forma racional de fazer com que toda decisão jurídica possa ser considerada justa em tese, poder que, contudo, nenhum de seus defensores lhe atribui. Alexy sequer garante ser possível ter certeza sobre a única resposta correta para cada caso (ALEXY, 1988). Além disso, como alude Luis Roberto Barroso, defensor da ponderação, “*a estrutura interna do raciocínio ponderativo ainda não é bem conhecida, embora esteja sempre associada às noções difusas de balanceamento e sopesamento de interesses, bens, valores ou normas*” (BARCELLOS; BARROSO, 2014, p. 18).

Aimprecisão apontada por Barroso é observada na prática por Virgílio Afonso da Silva que reclama da falta de critérios para a sua utilização pela Suprema Corte Brasileira (SILVA, 2003, p. 43-45). Alexy, por sua vez sequer é capaz de demonstrar um uso metódico da ponderação nos exemplos retirados da jurisprudência alemã. Nesse contexto é possível duvidar da integridade do juízo racional no seio da ponderação e, assim, da sua capacidade para domesticar toda a carga axiológica recepcionada pela Constituição de Sanchís. Assim, parecem

---

<sup>46</sup> Tradução livre: “sempre que o resultado da aplicação das regras pareça injusto ao intérprete.”

bastante coerentes as críticas de Habermas quando acusa a ponderação de incorporar um alto grau de arbitrariedade (HABERMAS, 1997, p. 321).

### *2.3.6.3. Integridade da Constituição*

Antes de passar à crítica de Habermas, a qual trata exatamente das imprecisões da teoria de Alexy, levadas ao extremo por Sanchís, cabe ainda comentar outro elemento da argumentação do autor espanhol, a integridade da Constituição. Para o autor, o imperativo da integridade exige a ponderação<sup>47</sup>, pois só a partir dela é possível conservar em pé de igualdade normas e direitos que refletem valores heterogêneos próprios de uma sociedade plural (SANCHIS, 1996, p. 46). Nomesmo sentido se manifesta Barroso, para quem a ponderação é corolário do princípio da unidade constitucional (BARCELLOS; BARROSO, 2014)<sup>48</sup>.

Ao contrário do que afirma Sanchís, parece temeroso conceber a Constituição como uma senda axiológica sem limites, a ponto de tornar impossível a definição de contornos ainda que mínimos dos direitos nela previstos. Tomar os direitos fundamentais como princípios que não obrigam a nada em abstrato e admitir daí que uma mesma conduta possa ser ao mesmo tempo, de forma legítima, um direito e uma violação não é uma exigência deconstituições abertas aos valores.

Aparenta igualmente estranha a ideia de que a preservação da integridade ou da unidade constitucional exija ser possível que um direito fundamental seja violado por outro. A incerteza sobre o direito e

---

<sup>47</sup> É o mesmo argumento sustentado por Luis Roberto Barroso, para quem o princípio da unidade constitucional determina o abandono da subsunção no processo de aplicação de princípios, vistos como normas abertas capazes de colidir entre si (BARCELLO; BARROSO, 2014, p. 17)

<sup>48</sup> A análise do princípio da unidade constitucional merece um trabalho à parte, uma vez que, por vezes, parece simplificado na doutrina como apenas um norte para que o interprete solucione as contradições do discurso constitucional, em benefício de uma sociedade plural (BARCELLOS; BARROSO, 2014). Este princípio, contudo, constitui uma das pilastras fundamentais do liberalismo político francês e foi justificado por um contexto histórico de reação à pluralidade, posto que a diversidade descentralizadora incompatível com os ideais da democracia burguesa (GIRARDET, 1987, p. 156-165). Destarte, é preciso estudar com mais cuidado a função do princípio da unidade no contexto da democracia constitucionalista, afeta ao pluralismo, a fim de não incorrer numa operação anacrônica por inércia, algo que me parece inconvenientemente comum na literatura jurídica brasileira.

a confusão entre permitido e proibido, aceitas por Sanchís, Barroso e tantos outros como viga mestra de uma democracia pautada pela justiça só pode conduzir a uma democracia de justiças, bem próxima de uma democracia sem justiça alguma. Assim, o que parece um instrumento emancipatório para o sistema pode se converter na sua própria derrocada.

### 2.3.7. Ponderação e arbítrio: conclusão e a crítica de Habermas

O tópico escolhido por Habermas para tratar da aproximação entre direito e moral e da ponderação na jurisprudência dos valores atribuída à Alexy tem em português um título bastante adequado: “*Normas versus valores: crítica a uma autocompreensão metodológica falsa do controle de constitucionalidade*”<sup>49</sup> (HABERMAS, 1997, p. 314). Isso porque, como explica o autor os efeitos problemáticos da teoria do jurista alemão, que decorre em grande medida da observação das decisões do Tribunal Constitucional, tem como causa uma falsa impressão do tribunal em relação à própria interpretação (HABERMAS, 1997, p. 314-315). Este é um dos motivos pelos quais se afirmará ser um problema a utilização de casos como *Lüth* para demonstrar os contornos e a importância da ponderação.

A análise de Habermas se dirige de início à compreensão da Constituição na jurisprudência constitucional alemã. Habermas afirma que o Tribunal Constitucional Federal não entende a Lei Fundamental como um sistema de regras estruturado através de princípios, mas como uma ordem concreta de valores e cita Böckenförde para quem normas fundamentais objetivas devem se apoiar em decisões valorativas. Segundo ele, esta concepção de Constituição se adequa a ideia de uma ponderação de valores destinada a um fim, pois o princípio exige a realização de algo na maior medida possível, mas tal medida não pode ser orientada pela própria norma, mas pelo fim, ou seja, por um valor (HABERMAS, 1997, p. 315). Para Habermas, todavia, a adaptação de princípios a valores representa um problema (HABERMAS, 1997, p. 316).

A razão disto está na pretensão de validade de normas e valores. As primeiras possuem uma pretensão binária, podendo ser válidas ou inválidas, enquanto os outros uma pretensão de preferência. Nesta

---

<sup>49</sup> Em inglês o título é algo bem parecido: “*Norms versus Values: Methodological Errors in the Self-Understanding of the Constitutional Court*” (Between facts and norms, p. 253).

medida a validade de normas tem um sentido absoluto de obrigação incondicional e universal, por meio de um juízo sim ou não é possível obrigar a todos. Por outro lado, a validade dos valores está condicionada à sua atratividade condicional, de forma que só pode responder por aquilo que é bom para nós (ou para mim). Normas diferentes não podem contradizer umas às outras, já os valores competem entre si pela primazia e o resultado desta competição é variável no tempo e no espaço e sujeito a múltiplas tensões. Diante disso, a conclusão de Habermas, com a qual se deve concordar, é a de que não se pode aplicar normas e valores da mesma forma (HABERMAS, 1997 p. 317).

O autor esclarece ainda que a pretensão de correção não é um dado particular das normas, porém estas pretendem enunciar o que é correto para todos, enquanto os valores o que é bom para nós. Assim, aqueles que pretendem conceber a Constituição como uma ordem de valores desconhecem a sua força normativa ou, em suas palavras, seu “*caráter jurídico específico*” (HABERMAS, 1997, p. 218). As normas e princípios possuem uma força de justificação maior do que a dos valores, motivo pelo qual podem pretender ser obrigatórios. Ao contrário das normas, a validade dos valores depende de uma classificação de preferência para a qual não existe medida, de forma que sua avaliação é arbitrária ou irrefletida, determinada por padrões consuetudinários (HABERMAS, 1997, p. 321) e também pelas intervenções no discurso<sup>50</sup>.

O que Habermas afirma fica claro no julgamento, pelo Tribunal Constitucional Federal da Alemanha, dos dois casos curiosamente utilizados por Alexy para responder a crítica de que a abordagem da ponderação retira o poder normativo dos direitos constitucionais. O primeiro trata da avaliação de constitucionalidade da norma que determina aos industriais do tabaco a colocação de alertas de dano à saúde que expliquem os riscos de se fumar seus produtos. Segundo Alexy, a Corte Constitucional alemã considera este tipo de intervenção como uma intervenção leve em comparação com um banimento dos produtos oriundos do tabaco que seria uma intervenção grave. Explica o autor que o caso demonstra ser possível estabelecer racionalmente uma escala de gravidade das intervenções num mesmo direito e em seguida afirma que isto também é possível num quadro comparativo. Nesse sentido, diz que se o risco do tabaco para a saúde é alto e a interferência

---

<sup>50</sup> Conforme tópico 2.1.4, discussão sobre a influência do “politicamente correto” no discurso.



no direito dos produtores é leve, deve prevalecer a saúde e não o exercício profissional (ALEXY, 2003, p. 7).

Ocorre, contudo que o referencial utilizado por Alexy (e pelo Tribunal) para classificar a publicação dos avisos como leve e o perigo à saúde comograde não é o mesmo. A imposição de colocar avisos é uma intervenção leve em relação à proibição do comércio, o que não significa, contudo, que seja leve *a priori*. Dizer o contrário como forma de possibilitar a transposição desta característica para uma comparação orientada por outro referencial representa uma falácia e é, no caso, também incoerente. Isso, pois apor o rótulo de intervenção amena à divulgação de avisos desabonadores do produto pelo próprio fabricante desconsidera conceitos de marketing como “*publicidade negativa*” e o próprio objetivo da política de governo. Ora, se o escopo da intervenção é reduzir (ou eliminar) os índices de tabagismo para preservar a saúde, a medida não pode ser amena, nem se pode negar que, em última instância o que se pretende é acabar com a indústria do tabaco de forma indireta, haja vista que considerada indesejável.

Se esta análise está correta, seria possível, inclusive, contestar a comparação inicial feita entre publicidade negativa e vedação da produção, sob o argumento de que seria resultado de um juízo raso, decorrente da experiência comum, sem qualquer fundamentação técnica. Contudo, ainda que seja possível superar esta crítica, a ponderação não parece sólida, pois há um problema na comparação de juízos subjetivos construídos sob referenciais diversos. Um treinador de futebol que considere José um melhor atacante em relação a Pedro, não pode afirmar somente com estes dados que Pedro é pior jogador de futebol do que Bruno, haja vista considerar este um melhor atacante em referência a Marcos, e se afirmasse não haveria dúvidas sobre a arbitrariedade de seu juízo. Destarte, ao utilizar os dados “*leve*” e “*grave*” atribuídos, respectivamente, à divulgação de cartazes sobre os efeitos do cigarro e aos danos provocados por este produto à saúde, na ponderação sobre a relevância das intervenções no direito ao exercício profissional e à vida, Alexy revela de forma clara o conteúdo arbitrário do método. O juízo particular do interprete substitui as lacunas argumentativas, a fim de que seja possível comparar estados, *a priori*, incomparáveis.

Outro exemplo fornecido por Alexy reforça este caráter arbitrário e oferece ainda outro elemento interessante, trata-se do caso *Titanic*. Em momento posterior ao caso *Lüth*, a Corte Constitucional Federal alemã foi chamada a solucionar um conflito entre os direitos fundamentais da personalidade e à liberdade de expressão, causado por duas publicações

da revista satírica de grande difusão *Titanic*. A primeira publicação descreveu um oficial da reserva paraplégico que havia desempenhado suas responsabilidades com sucesso e chamado de volta à ativa, como um “assassino nato” e a segunda se referiu ao mesmo oficial como um “aleijado”.

Provocada judicialmente pelo oficial, a revista foi condenada pelo Tribunal Superior Regional de Recursos de Düsseldorf ao pagamento de indenização, mas recorreu ao Tribunal Constitucional Federal que, de acordo com Alexy, optou por realizar um balanceamento caso a caso. Numa primeira etapa, considerou-se a imposição de indenização uma intervenção grave na liberdade de expressão, pois poderia interferir no modo como os editores da revista exerceriam sua profissão dali em diante. Na etapa seguinte, colocou-se a expressão “*assassino nato*” no contexto da publicação e se verificou que várias outras personalidades também haviam recebido apelidos “*reconhecidamente engraçados*” como “*cidadão nato*” para Richard von Weizsäcker então presidente federal, do que se concluiu que, muito embora houvesse uma intervenção nos direitos da personalidade do oficial, ela era apenas moderada, ou mesmo leve. O mesmo foi feito com relação à expressão “aleijado”, contudo, neste caso se entendeu que a intervenção no direito de personalidade era grave, haja vista que a expressão era, já naquele tempo, considerada humilhante, motivo pelo qual manteve a condenação (ALEXY, 2003, p. 8-9).

A primeira parte da decisão *Titanic* é justificada por Alexy de maneira diversa da utilizada para o exemplo anterior, pois não foi exposto de forma expressa nenhum juízo comparativo interno anterior à ponderação de valores. Contudo, assim mesmo padece dos mesmos problemas do julgamento que implicou os industriais do tabaco. Mesmo que aparentemente os atributos “grave” e “moderado” tenham sido apostos às condutas “*condenar a revista a indenizar*” e “*chamar o oficial de assassino nato*”, mediante um esforço interpretativo desvinculado de graduações arbitrárias, o referencial utilizado em um e em outro juízo é diverso. Concluir que ao serem sujeitos ao pagamento de indenização, os editores poderiam se sentir oprimidos e ter, assim, sua liberdade de expressão tolhida tem muito mais a ver com juízos particulares de percepção de mundo do que com os caracteres do caso concreto. Noutras palavras, esta dedução não tem como referência o nível de prejuízo à honra, este o dado base para definir se utilizar a expressão “*assassino nato*” viola de forma mais ou menos grave os direitos de personalidade. Assim, a solução descrita por Alexy

dependeu, uma vez mais de ponderação de grandezas atribuídas mediante referenciais diversos.

Ao se ater à divulgação da expressão “aleijado”, porém, segundo a construção de Alexy não foi possível para o Tribunal ponderar as grandezas, pois ambas as condutas em questão – *condenar a revista e ofender o oficial* – foram consideradas graves. A opção por privilegiar o direito à personalidade em detrimento da liberdade de expressão nesse caso expressaria a regra da desproporcionalidade, descrita por Alexy da seguinte forma:

Uma interferência em um direito constitucional é desproporcional se não for justificada pelo fato de que a omissão dessa interferência daria lugar a uma interferência em um outro princípio (ou no mesmo princípio em relação a outras pessoas ou em outros aspectos), desde que essa última seja pelo menos tão intensa quanto a primeira. (ALEXY, 2003, p. 9)

Em outras palavras, a regra da desproporcionalidade significa que só é justificável intervir no princípio A, se o resultado de não intervir em A, for uma intervenção de mesmo grau ou pior no princípio B<sup>51</sup>. Esta regra evidencia uma hierarquia lógica, na medida em que somente direitos fundamentais que contenham um elemento de exercício de liberdade podem interferir em outros direitos fundamentais. Sendo assim, sempre que “concorrerem” os direitos à liberdade de expressão e os direitos de personalidade e for possível considerar as intervenções como de mesma grandeza, estes deverão prevalecer em relação àqueles. Esta é a uma limitação lógica do mesmo tipo daquela sustentada por Ferrajoli, dos direitos de liberdade ativa pelos direitos de imunidade (FERRAJOLI, 2006, p. 85-86<sup>52</sup>), caso em que não existe ponderação.

---

<sup>51</sup> Ainda em outros termos: A interferência no princípio A, se justifica caso, na hipótese de não haver interferência no princípio A, este princípio interferirá em B com a mesma ou pior intensidade.

<sup>52</sup> Ferrajoli explica a questão ao responder uma crítica feita por Luís Prieto Sanchís: “*El desencuentro con Prieto afecta a la primera de estas relaciones: la que se establece entre las libertades consistentes en meras inmunidades, como la libertad de conciencia o la inmunidad frente a la tortura, que, en mi opinión, al no implicar ningún ejercicio sino sólo la expectativa negativa de su no lesión, no interfieren con otros derechos fundamentales, en los que no encuentran ningún límite y respecto de los cuales representan, por el contrario, um límite.*”.

Este raciocínio foi expresso com clareza pelo Tribunal Constitucional Federal da Alemanha no julgamento do caso *Lüth*<sup>53</sup>. Nesta ocasião, a corte germânica maior fixou a premissa segundo a qual a “*expressão da opinião como tal, ou seja, no seu efeito puramente intelectual, é livre*”, entretanto, se do seu exercício “*um bem jurídico de outra pessoa, protegido por lei, cuja proteção merece a prevalência em face da liberdade de expressão, for violado, então a intervenção (na liberdade de expressão) não deixará de ser permitida*” (MARTINS, 2005, p. 392). A expressão desta premissa foi chamada pelo Tribunal de ponderação:

Faz-se necessário proceder a uma “ponderação de bens jurídicos”: O direito da liberdade de expressão não pode [no caso concreto, n. do org.] se impor, se interesses dignos de proteção de outrem e de grau hierárquico superior forem violados por intermédio do exercício da liberdade de expressão. Para se verificar a presença de tais interesses mais importantes, tem-se que analisar todas as circunstâncias do caso. (MARTINS, 2005, p. 392)

Neste trecho, parece evidente que o procedimento tido como “ponderação” pelo Tribunal alemão não tem qualquer correlação com o método sustentado por Alexy. Em primeiro lugar, pois pressupõe a hierarquia entre direitos fundamentais, algo inexistente na teoria dos princípios e em segundo lugar porque não realiza uma verdadeira comparação entre a importância dos bens jurídicos envolvidos, mas tão só uma limitação semântica de um deles. Ao declarar que os juízos de valor contidos no direito à liberdade de expressão não poderiam ser considerados, *a priori*, imorais, a fim de afastar a aplicação do artigo do BGB (MARTINS, 2005), o Tribunal apenas enunciou um limite dos direitos de personalidade. Caso não houvesse esse limite, a intervenção na liberdade de expressão seria permitida.

A ideia de aplicação dos direitos em graus é apenas aparente na decisão do caso *Lüth*. O Tribunal afirma que “*a proteção de bem jurídico privado pode e deve ser afastada quanto mais a expressão não for diretamente voltada contra este bem jurídico privado*” (MARTINS, 2005, p. 393), no que poderia se vislumbrar o uso de uma medida, porém, a afirmação, no contexto da decisão, significa apenas que quando mais longe de atingir o bem jurídico de forma direta, menos

---

<sup>53</sup> Os contornos fáticos do caso *Lüth* foram tratados no tópico 2.2.6.

justificável é a intervenção na liberdade de expressão. A supremacia do valor da personalidade protegido em face da liberdade de expressão permanece intacto.

A análise dos exemplos parece demonstrar que a maioria dos juízos não arbitrários atribuídos por Alexy à ponderação são, na verdade, construídos sobre outros pressupostos<sup>54</sup>. A conclusão sobre a gravidade do prejuízo à liberdade de expressão em caso de condenação a indenizar não depende de qualquer comparação, assim como não dependeu a decisão sobre a prevalência do direito à honra no caso *Titanic – análise da expressão “aleijado”*, o qual esteve vinculado à definição do âmbito de proteção deste direito. Já naqueles momentos em que se pôde verificar o uso da ponderação, não foi possível deixar de observar um maior ou menor grau de arbitrariedade ou falta de justificação. A definição da aposição de cartazes, pelos industriais do tabaco, em que se demonstrassem os efeitos do seu produto, como intervenção leve foi tomada com base num senso comum, desconsiderados conceitos técnicos importantes como o de “publicidade negativa”. A comparação desta grandeza, com a gravidade da intervenção à vida foi, por sua vez, arbitrária, pois o juízo do interprete preencheu as lacunas argumentativas que impedem a comparação de grandezas estabelecidas conforme referenciais diversos.

Nesta medida, ao sustentar que há racionalidade na definição do grau de gravidade das intervenções e que é este argumento de racionalidade que retira da ponderação o caráter de arbitrariedade (ALEXY, 2003, p. 9-10), Alexy não consegue eliminar as portas abertas por Habermas, as quais conduzem a concluir que a ponderação é incapaz de incorporar um caráter racional à interpretação jurídica que seja suficiente para domesticar o conteúdo moral amplíssimo aceito pela teoria dos princípios no seio do direito. A ponderação se mostra, assim, não só desnecessária, como também problemática para o juízo substancial de validade das normas, elemento essencial do constitucionalismo atual.

## 2.4. Conclusão

A análise dos pressupostos da teoria dos princípios formulada por Dworkin e lapidada por Robert Alexy e das razões de defesa e crítica feitas a ela, remete a algumas conclusões importantes. A primeira diz

---

<sup>54</sup> Um exemplo nacional, o caso *Gerald Thomas*, será analisado no tópico 3.2.2.5.

respeito à confusão entre direito e moral, que, segundo se pôde observarnão é pressuposto sustentado pelos adeptos e simpatizantes da teoria de Alexy, mas algo de que eles não conseguem se livrar. Ao que se denota, este inconveniente decorre da opção por uma Constituição tida como um sistema axiológico, a qual se pretende juridicizar por meio de argumentação racional. Isso porque, nem a racionalidade guarda identidade com a juridicidade – nem tudo que é racional é jurídico –, nem o método interpretativo escolhido para a tarefa é capaz de garantir a racionalidade interpretativa necessária.

A incapacidade da ponderação para domesticar o amplíssimo conteúdo moral absorvido pela constituição transparece com contornos fortes a substituição da justificação jurídica por uma justificação moral e permite que, nesta medida, haja a sobreposição do direito por juízos de outra natureza. Em face disto, a oposição entre a ponderação e a ponderação como métodos de aplicação normativa parece desconectada de uma discussão sobre decisões jurídicas, de forma que a opção da segunda em detrimento como caminho necessário à concretização dos direitos fundamentais se mostra equivocada. Nesta esteira, refutar a estrutura principiológica dos direitos fundamentais, ou seja, aquela concepção segundo a qual eles seriam direitos que geram apenas obrigações *prima facie* é uma decorrência necessária. A força normativa destes direitos depende desta refutação.

Uma vez afastada a ideia de direitos fundamentais como mandados de otimização que exigem a ponderação para ser aplicados, a opção que será feita no segundo capítulo por uma concepção restritiva do âmbito de proteção se torna lógica. Isso, pois abandonar a ideia de que os direitos fundamentais devem realizar algo na melhor medida possível, significa deixar de lado a estrutura valorativa e resgatar uma estrutura normativa para os direitos fundamentais, esta dependente de definições sobre o dever-ser destes direitos. Afirmar ser possível – e necessário – domesticar o conteúdo axiológico que penetra no direito, implica em impor restrições a este conteúdo, o que, para um sistema normativo significa afastar de plano determinadas possibilidades de dever-ser, algo incompatível com a teoria dos princípios de Alexy.

Sendo assim, considero que as opções teóricas a serem descritas no capítulo seguinte dependem das escolhas feitas e defendidas neste primeiro capítulo, de forma que me parecem, pelo menos de plano, incoerentes as propostas que se orientam pela restrição do âmbito de proteção dos direitos fundamentais – as vezes representada apenas pela definição de hierarquia entre eles – ao mesmo tempo em que definem a

ponderação como método essencial da interpretação constitucional ou ainda como condição *sine qua non* para a democracia constitucional. Nesse ponto deve-se aceitar a posição de Virgílio Afonso da Silva para quem a opção de Alexy no que tange ao âmbito de proteção – *e também da ponderação como método de interpretação e aplicação*<sup>55</sup> – não decorre de mera arbitrariedade teórica, é antes justificada por toda sua concepção de direito (SILVA, 2010, p.40-42). Com toda certeza, a falta de rigor metodológico não é uma das críticas que se pode opor a Alexy.

---

<sup>55</sup> Ainda que a opção de Alexy seja compreensível, não é possível conceber o sopesamento como método de aplicação da norma, haja vista que a norma é o seu resultado (AARNIO, 1997, p. 26), sendo aplicada por subsunção. No exemplo do suposto confronto entre o direito à liberdade de expressão e a honra solucionado pelo Tribunal Constitucional Alemão no caso *Titanic*, a norma enunciada pela corte foi o não cabimento de indenização no caso de a imprensa atribuir a expressão assassino nato a um ex-combatente, isto significa que a resistência a esta conduta foi expurgada do âmbito de proteção do direito de personalidade, de forma que, num próximo julgamento sob as mesmas circunstâncias, o Tribunal só poderá alterar sua posição se for capaz de justificar a necessidade de mudança do direito. Esta é a conclusão a que se pode chegar quando se compreende o direito como prática interpretativa, na qual os interpretes posteriores são chamados a interpretar a obra dos interpretes anteriores, as considerando como premissas, argumento importante para a teoria do direito de Ronald Dworkin (2001).





### 3. ESTRUTURA DO SUPORTE FÁTICO, EXTENSÃO E LIMITAÇÃO DO ÂMBITO DE PROTEÇÃO

A definição do suporte fático dos direitos fundamentais é etapa elementar para a interpretação dos direitos fundamentais. É, aliás, estágio importante do processo interpretativo de qualquer norma, o qual, contudo, é muitas vezes negligenciado pelo interprete ou pela doutrina. Tal descuido é menos perceptível em alguns ramos do direito onde a importância do suporte fático já foi consagrada, como o do direito penal que confere grande importância ao conceito de *tipo* (SILVA, 2010, p. 65). *O tipo* é nada mais que o suporte fático da normapenal, ou, em termos mais específicos, o conjunto de condutas sobre as quais a norma incide. No que diz respeito ao direito penal, a exigência de clareza e rigidez imposta aos seus enunciados linguísticos costuma significar um suporte fático intuitivo, o que é bem menos comum quando se trata de normas constitucionais, principalmente daquelas cujo grau de indefinição semântica é bastante elevado (SARLET, 2010, p. 387).

A dificuldade de determinação do suporte fático de normas cujos enunciados linguísticos carecem de determinação, tal qual a maioria das normas que enunciam direitos fundamentais, exige do interprete um grande esforço e um senso de responsabilidade bastante elevado, pois se trata de determinar a aplicação da norma segundo aquilo que não foi dito expressamente, uma ideia que, em princípio parece incompatível com a segurança jurídica tal qual formulada no seio do iluminismo, mas que se revelou essencial, a partir da importância conferida aos juízos de validade substancial pelas constituições democráticas contemporâneas. O contexto de indeterminabilidade exigido em razão da importância conferida ao conteúdo material da constituição faz com que hoje uma das grandes questões sobre os direitos fundamentais seja, conforme sustentam Dimoulis e Martins: “*sob quais condições, em quais situações e quem pode restringir um direito fundamental de forma lícita?*”.

Sustentados por esta conclusão afirmam Dimoulis e Martins que estudar os direitos fundamentais significa, principalmente, estudaras suas limitações (DIMOULIS; MARTINS, 2011, p. 130), algo que, na perspectiva sobre a qual sebasearão as conclusões deste trabalho, deve ser compreendido sobre dois aspectos: a) as limitações propriamente ditas, entendidas como fronteiras de defesa, definidoras do âmbito de proteção; e b) as restrições, que se constituem como invasões, legítimas ou não, neste campo protegido.

Estudar as limitações dos direitos fundamentais, portanto, não significa apenas determinar, direito por direito, quais são as condutas que cabem no seu suporte fático, mas antes disso, determinar como tais condutas são incluídas ou excluídas desse campo e, em até que ponto, a sua existência dentro desta redoma garante a sua intocabilidade. Em outros termos, estudar as limitações significa definir quais são as estratégias de interpretação adequadas para a determinação do suporte fático e quais são as opções teóricas que dão sustentação para as estratégias selecionadas.

Destarte, são importantes as análises feitas sobre a relação entre direito e moral e acerca da estrutura das normas de direito fundamental, mas, sobretudo, as que buscam explicar a conformação do suporte fático e a dinâmica das restrições neste meio. A opção por um suporte fático amplo ou restrito e por uma dinâmica de restrições interna ou externa é pressuposto indispensável para o interprete que pretenda determinar se determinada conduta está ou não incluída no suporte fático de determinado direito fundamental. A escolha de pressupostos diferentes conduzirá, muitas vezes, interpretes diversos a resultados diversos para a aplicação da norma, de modo que suas opções teóricas devem ser sempre claras e adequadamente justificadas.

O objetivo deste segundo capítulo é, pois, descrever as principais formas de conformação e restrição do suporte fático dos direitos fundamentais, para em seguida justificar, com base no que foi delineado no primeiro capítulo, a opção por alguns pressupostos em detrimento dos demais, além de apresentar uma proposta de interpretação capaz de definir o suporte fático dos direitos fundamentais, instrumento que será utilizado adiante para realizar o objetivo último deste trabalho que é dirigido a dar os contornos dos direitos fundamentais à intimidade e à privacidade.

A análise deste capítulo também abrangerá o estudo do que a doutrina costuma chamar “limites dos limites”, cujo objeto se refere às possibilidades de restrições aos direitos fundamentais, abordagem necessária dada a opção que se fará por uma teoria externa das restrições.

### **3.1. Suporte fático: âmbito de proteção, restrições e limites das restrições**

Segundo leciona Sarlet, a dogmática constitucional de matriz germânica consagrou três categorias dogmáticas como essenciais para a

realização normativa dos direitos fundamentais: *o âmbito de proteção, as intervenções e os limites das intervenções destes direitos* (SARLET, 2010, p. 385-386)<sup>56</sup>. A importância conferida a estes elementos se deve ao fato de os direitos fundamentais se apresentarem em primeira medida como direitos de defesa contra a ação estatal, razão pela qual assumem sua maior relevância a partir do momento em que sejam objetos de ataque. Nesta medida, a sua compreensão não depende de responder apenas “*o que é protegido?*”, mas também “*contra o que se protege?*” (SILVA, 2010, p. 71).

A resposta para a primeira pergunta define qual é o âmbito de proteção do direito fundamental ou, em outros termos, quais são as condutas, estados ou objetos protegidos pelo direito. Desta forma, ao se tratar da conformação do âmbito de proteção dos direitos à privacidade e à intimidade será preciso responder o que são a privacidade e a intimidade e quais condutas, estados ou objetos elas comportam. Já a solução do segundo questionamento remete às intervenções estatais no âmbito de proteção (SILVA, 2010, p. 71), sendo, pois, ponto de partida para definir em até qual medida é possível para o Estado interferir nas condutas, estados ou objetos protegidos por determinado direito fundamental sem que esta interferência seja considerada uma violação<sup>57</sup>.

---

<sup>56</sup> Sarlet utiliza inicialmente as expressões *âmbito de proteção*, *limites* e *limites dos limites* para especificar as mesmas categorias, contudo, em seguida opta por utilizar a expressão *intervenção* para significar a ação que interfere no âmbito de proteção dos direitos fundamentais, ou seja, o que havia chamado anteriormente de limites. Ocorre, contudo que limites e intervenções só podem ser concebidas como sinônimos se aceitos os direitos obrigações *prima facie*, pois somente neste caso, os limites do âmbito de proteção coincidirão com as delimitações impostas pelas intervenções. Como já apontado no capítulo anterior, esta não é a opção escolhida para orientar o presente trabalho, de forma que me parece mais adequado utilizar a expressão *limites* em relação às fronteiras imanentes do âmbito de proteção dos direitos fundamentais e a expressão *intervenções* para as interferências externas no âmbito de proteção. Por este motivo, o que a doutrina costuma chamar *limites dos limites* será denominado limites das intervenções, haja vista que não interferem diretamente no âmbito de proteção, mas nas possibilidades de intervenção.

<sup>57</sup> Gilmar Mendes, por exemplo, sustenta que as respostas a estas duas perguntas definem o âmbito de proteção de um direito fundamental (BRANCO; COELHO; MENDES, 2000, p. 212-213), porém, para este autor, o conceito de âmbito de proteção é o mesmo de suporte fático tal qual tratado neste trabalho. É, pois, preciso observar que ainda não há na doutrina brasileira uma uniformização quanto aos termos utilizados na teoria dos direitos fundamentais,

As respostas pertinentes a estas duas perguntas dão o contorno do suporte fático do direito fundamental, o qual precisa ser preenchido para que a garantia que decorre deste direito seja acionada. Assim, caso determinado ato do indivíduo possa ser considerado um ato protegido pelo direito à privacidade e sobre ele não exista uma intervenção estatal legítima, toda a vez que o Estado interferir na realização deste ato de forma a retirá-lo do âmbito privado ou expandir o seu âmbito de exposição, estará incorrendo na violação do direito à privacidade daquele que o praticou.

Neste ponto, vale destacar a opção teórica de Virgílio Afonso da Silva em contraposição a opção sustentada por Alexy e Borowski no que diz respeito ao conceito de suporte fático. Segundo explica o autor brasileiro, no modelo defendido pelos dois juristas alemães, o suporte fático de um direito fundamental é composto pelo âmbito de proteção (AP) e pela intervenção<sup>58</sup> estatal (IE), estes contrapostos a fundamentação constitucional para a intervenção (FC), de forma que a formulação da questão obedeceria à seguinte dotação lógica: *se (APx e IEx) e não-FCx, então CJx*, onde *x* consiste numa ação, estado ou posição jurídica e *CJx* é a consequência jurídica prevista na norma de direito fundamental (SILVA, 2010, p. 74).

Para Virgílio este modelo não explica, contudo, o que é o suporte fático, afinal se é o seu preenchimento que define a concretização da consequência jurídica, então, a inexistência de fundamentação constitucional deveria fazer parte de seu conceito e não ser algo contraposto a ele. Assim, a inexistência de fundamentação constitucional para a intervenção deve ser considerada condição de caracterização do suporte fático, ou seja, somente quando não houver

---

sendo possível observar com frequência, inconsistências como a ora apontada. Este problema se observa também na literatura estrangeira, Canotilho, por exemplo, denomina o que temos aqui como suporte fático de “âmbito de garantia efetivo” (CANOTILHO, 2006, p. 346). Por este motivo, procurou-se deixar claro e se reafirma, que neste trabalho a expressão âmbito de proteção, se refere ao conjunto de ações, estados e posições jurídicas protegidas pelo direito fundamental, sobre o qual podem incidir restrições desde que fundamentadas constitucionalmente. E o resultado da soma do âmbito de proteção com as restrições possível é o que determina o suporte fático do direito fundamental.

<sup>58</sup> A doutrina utiliza tanto a expressão “*intervenções*”, quanto a expressão “*restrições*”. Aqui elas serão utilizadas como sinônimas, com preferência para o uso de “*restrições*”, pois se entende que exprime melhor a ideia de redução do âmbito de proteção por ação externa.

como legitimar determinada intervenção, a consequência jurídica da norma deve ser acionada. Neste caso, segundo Virgílio, a representação lógica para o conceito de suporte fático seria descrita da seguinte maneira: *se APx e não-FC(IE<sub>x</sub>), então CJ<sub>x</sub>* (SILVA, 2010, p. 75).

A diferenciação proposta por Virgílio, muito embora possa parecer, num primeiro momento, não ter grandes implicações teóricas e práticas, possui grande relevância na medida em que deixa clara a relação entre as intervenções e o direito. No modelo de Alexy, as intervenções aparecem como condicionantes do direito, pois muito embora estejam incluídas no campo do suporte fático, só serão efetivas mediante um elemento externo, a fundamentação. Nesta concepção, a fundamentação não tem vinculação necessária com o direito e, como elemento externo que define se a consequência jurídica ocorre ou não, adquire um poder de manipulação sobre ele.

Por outro lado, na forma descrita por Virgílio, a fundamentação, como parte do suporte fático do direito, passa a guardar uma relação direta com o seu conteúdo, de modo que só pode ter como base a interpretação do próprio direito, excluídos os argumentos alheios a ele. Nesta medida, somente se admitirá uma fundamentação arbitrária ou autoritária, quando se puder compreender o direito como arbitrário ou autoritário. Este segundo modelo não parece o mais adequado às pretensões da teoria de Alexy, a qual é sustentada por Virgílio, afinal, a lógica das intervenções externas por colisão depende de fundamentação alheia ao direito intervindo, porém se adequa a proposta que será defendida neste trabalho, ao passo em que se refutará a ponderação de princípios colidentes como instrumento central na dinâmica das intervenções.

### 3.2. Âmbito de proteção

De acordo com as linhas gerais delineadas no tópico anterior, o âmbito de proteção é representado pelas condutas, estados ou objetos protegidos pelo direito ou, nas palavras de Pieroth e Schlink, pelo “*domínio da vida protegido pelos direitos fundamentais*” (PIEROTH, SCHLINK, 2012, §214). Trata-se, pois, daquilo que o direito tem como pretensão defender, sendo, então campo diverso daquele que compreende tudo aquilo que, a priori, pode vir a ser protegido pelo direito. Este segundo campo é o que Pieroth e Schlink denominam âmbito de regulação (PIEROTH, SCHLINK, 2012, §214) e não deve ser confundido com o primeiro, mesmo nos casos em que com ele seja coincidente.

Os conceitos de âmbito de proteção e âmbito de regulação denotam por suas particularidades que o segundo abrange o primeiro, sendo este um conjunto de condutas, estados e ações protegido por um determinado direito, delimitado no interior de um conjunto maior destes mesmos elementos tidos como passíveis de proteção pelo mesmo direito (DIMOULIS; MARTINS, 2011, p. 133). A dificuldade desta ideia não está, porém, em conceber a relação entre os dois conjuntos ou mesmo no conceito que caracteriza um e outro, mas na forma de traçar os limites do conjunto protegido e na justificativa para a adoção de alguma forma de delimitação em específico.

Isso porque, ao admitir que o conjunto de elementos protegidos por um direito está contido num conjunto maior de elementos passíveis de proteção, tem-se um número de possibilidades de limitação diretamente proporcional ao número de elementos que se pode admitir no conjunto maior. Destarte, como se está a tratar de direitos fundamentais, cujo texto da norma que os representa contém um grau de indeterminabilidade semântica elevado, o que permite a inclusão de um grande número de elementos no grupo dos aptos à proteção, a senda de opções limitantes torna bastante grande (SARLET, 2010, p. 387). Por esta razão, a escolha por uma forma racional de delimitação se torna imprescindível.

Esta opção obedece a dois estágios principais. O primeiro é caracterizado por escolhas particulares da teoria dos direitos fundamentais sobre a estrutura destes direitos. Esta fase é dirigida a responder se tais direitos possuem um conteúdo valorativo indeterminado, o qual somente toma forma diante do caso concreto, a partir da aplicação de um método interpretativo racional, modelo expresso pela ideia de mandados de otimização cunhada por Alexy<sup>59</sup>. Um aceno positivo para esta ideia reclama a maior extensão possível do grupo de elementos protegidos, ante a suposta inexistência de justificativa para uma delimitação no grupo dos elementos defensáveis, a priori do caso concreto. A resposta negativa, por outro lado, admite que antes mesmo do caso concreto, o jurista já tem condições de identificar elementos incluídos e/ou excluídos deste segundo grupo, de forma que nesta perspectiva, o conjunto protegido será, normalmente,

---

<sup>59</sup>Conforme tópico 2.3.3.

reduzido em relação ao mesmo conjunto visualizado segundo a perspectiva anterior<sup>60</sup>.

Percebe-se que a escolha acerca da estrutura dos direitos fundamentais interfere diretamente na extensão do âmbito de proteção. Caso se opte pela forma de princípio, tal qual no modelo de Alexy, o conjunto de elementos protegidos deve ser o mais extenso possível e, portanto, desprovido de limitações, a não ser aquelas pertinentes ao conjunto que o contem (defensáveis). Bem por isso, ao explicar tal concepção, Virgílio diz que, nesse caso, o âmbito de proteção equivale a *“toda ação, fato, estado ou posição jurídica que tenham qualquer característica que, isoladamente considerada, faça parte do ‘âmbito temático’ de um determinado direito fundamental”* (SILVA, 2010, p. 73)<sup>61</sup>, ou seja, há coincidência entre âmbito de proteção e âmbito de regulação. Esta é a ideia central das teorias que concebem um âmbito de proteção amplo<sup>62</sup> para os direitos fundamentais.

---

<sup>60</sup> Neste sentido esclarecem Dimoulis e Martins que “o primeiro filtro pelo qual deve ‘passar’ o exame de um direito fundamental é a constatação dos exatos limites da área de proteção do direito para saber se o titular de um direito constitucionalmente regulamentado está também protegido (...)”. (DIMOULIS; MARTINS, 2011, p. 133).

<sup>61</sup> A expressão “âmbito temático”, utilizada por Martin Borowski (BOROWSKI, 2003, pos. 1049) está equiparada no texto de Virgílio à expressão “domínio da vida” usada por Pieroth e Schlink (PIEROTH; SCHLINK, 2012, §. 214). É preciso observar, contudo, que no texto de Pieroth e Schlink as expressões não são sinônimas, a primeira se refere ao âmbito de regulação e a segunda ao âmbito de proteção. A divergência se dá, pois para Virgílio, assim como para Borowski e Alexy, os âmbitos de proteção e regulação são coincidentes, a priori do caso concreto. Neste trabalho, porém, as expressões serão tratadas no sentido dado por Pieroth e Schlink e outros como José Carlos Vieira de Andrade que utiliza as expressões domínio abrangido e domínio regulado para âmbito da vida e domínio protegido para âmbito de proteção (ANDRADE, 2012, p. 272).

<sup>62</sup> Virgílio Afonso da Silva fala em teorias ampla e restrita acerca do suporte fático, pois entende que a ampliação do âmbito de proteção também aumenta as possibilidades de intervenção, as quais fazem parte do suporte fático. Muito embora este raciocínio esteja correto, tem-se que a existência ou não de limitações diz respeito somente ao âmbito de proteção. A possibilidade de intervenções sobre o âmbito de proteção não torna o suporte fático restrito e vice-versa, ao passo em que, somente existe suporte fático amplo, se houver âmbito de proteção amplo. Assim, muito embora seja coerente afirmar, como fazem Pieroth e Schlink, que quanto mais amplo for o âmbito de proteção, maior será o espaço para as intervenções (PIEROTH; SCHLINK, 2012, §239),

Em contraposição a estas teorias, se colocam aquelas que sustentam um âmbito de proteção restrito para os direitos fundamentais. É no seio destas concepções que reside o segundo estágio do processo de limitação do âmbito de proteção, este de natureza hermenêutica. Trata-se de uma consequência lógica da teoria, pois uma vez que se defende a possibilidade de limitação do âmbito de proteção – o conjunto de elementos protegidos – é preciso responder como se opera tal limitação. A esta pergunta, a resposta deve ser constituída por um método interpretativo capaz de incluir e/ou excluir, de forma justificada, estados, condutas ou ações no/do conjunto de elementos protegidos pelo direito fundamental, o que dá ensejo a uma série de possibilidades.

Conforme explicitado em momentos anteriores, a opção acerca da estrutura dos direitos fundamentais adotadas neste trabalho sugere a adoção de uma teoria restrita para o suporte fático dos direitos fundamentais, haja vista a adoção de posição refratária à ideia de que estes direitos se conformam como mandados de otimização<sup>63</sup>. Todavia, a escolha deste viés teórico também se deve às implicações negativas que decorrem de aceitar um âmbito de proteção amplo para os direitos fundamentais, motivo pelo qual se faz necessário esclarecer as consequências teóricas e práticas da adoção deste modelo, afinal também constituem razões para a opção pelo modelo oposto.

### 3.2.1. Âmbito de proteção amplo

As teorias que defendem a existência de um suporte fático amplo para os direitos fundamentais concebem os contornos do âmbito de proteção *prima facie* destes direitos de uma maneira extensa (BOROWSKI, 2003, pos. 1169). Nesta concepção, as fronteiras do âmbito de proteção coincidem com aquelas delimitadas pelo âmbito temático do direito, ou seja, não há uma restrição jurídica prévia acerca das ações, fatos, estados ou posições jurídicas a serem protegidos, mantendo-se no âmbito de proteção tudo o que, a partir do texto, possa-

---

deve-se compreender que a ampliação de possibilidades de intervenção não tem como decorrência necessária a maior ou menor incidência do direito constitucional, de modo que também não significa necessário aumento ou redução do suporte fático. Isso se confirma, na medida em que é bem possível que diante das intervenções admitidas sob uma concepção ampla, as hipóteses de incidência de determinado direito fundamental acabem mais reduzidas do que se o direito fosse interpretado, a partir de uma óptica restritiva do âmbito de proteção.

<sup>63</sup>Conforme tópico 2.3.3.



se considerar relacionado com o tema do direito fundamental (SILVA, 2010, p. 109).

A definição do âmbito de proteção *prima facie* nas teorias amplas exige, pois, a interpretação literal dos enunciados de direitos fundamentais<sup>64</sup>, o que remete o interprete a um campo bastante alargado de possibilidades, em vista da indefinição semântica observada na maioria dos textos que descrevem estes direitos. Isto denota que para os defensores das teorias amplas, a limitação do âmbito de proteção *a priori* do caso concreto não exige um esforço hermenêutico jurídico verdadeiro, abrangendo, até este momento do processo interpretativo, a salvaguarda tanto do óbvio, quanto do absurdo<sup>65</sup>. Bem por isso, Virgílio Afonso da Silva aponta que a definição do que é abrangido pelo âmbito de proteção dos direitos fundamentais tem consequências menos drásticas para as teorias que sustentam o modelo amplo de suporte fático do que para as restritivas (SILVA, 2010, p. 109).

É esta configuração “aberta” do âmbito de proteção que caracteriza a estrutura dos princípios na teoria de Alexy e permite a colisão recorrente entre direitos fundamentais, afinal diante da

---

<sup>64</sup> Sarlet sustenta que o interprete toma, em especial, “mas não exclusivamente”, a literalidade do dispositivo constitucional como forma de apontar se certa situação ou modo de exercício faz parte do âmbito de proteção de um direito fundamental. A inexistência de exclusividade se dá, segundo ele, pelo fato de existirem situações manifestamente situadas fora do âmbito de proteção do direito, posição que compartilha com Klaus Stern, o qual, citado pelo autor, afirma que o âmbito de proteção de um direito fundamental não é determinado pela mera designação do bem protegido (SARLET, 2010, p. 389-390). Esta posição, bom que se diga, não se coaduna com a ideia de âmbito de proteção identificado no âmbito temático do direito, conforme defendem Borowski e Silva na linha argumentativa de Alexy. Esta distinção é importante para que não se confunda a opção entre teorias amplas e restritas do âmbito de proteção, com outra que se fará adiante, a qual impõe a escolha entre as possibilidades de limitação interna ou externa do âmbito de proteção. Muito embora não deixe claro na obra analisada, Sarlet parece se filiar a corrente que admite restrições ao âmbito de proteção, *a priori* do caso concreto, porém não crê que tais restrições se deem pela via da limitação interna.

<sup>65</sup> Ilustra esta afirmação a descrição elaborada por Virgílio Afonso da Silva, acerca do âmbito de proteção do direito à livre manifestação do pensamento, diz: “*O que é protegido pelo direito à livre manifestação do pensamento? Toda e qualquer manifestação do pensamento, não importa o local, não importa o conteúdo (ofensivo ou não), não importa a forma, não importa o local, não importam o dia e o horário*” (SILVA, 2010, p. 110).

abrangência temática que é normalmente ampla, torna-se comum que uma mesma conduta se encontre, *a priori*, no âmbito de proteção de dois ou mais direitos, causando colisões (BOROWSKI, 2003, pos. 1234) e, assim, reclamando do interprete que decida qual deles deve prevalecer por meio da ponderação. Neste modelo, o âmbito de proteção garante apenas a proteção *prima facie* das condutas, cabendo, então, ao processo interpretativo definir o que é protegido definitivamente (VIRGILIO, 2010, p.144-145).

A restrição prévia do âmbito de proteção, por outro lado, reduz o número de condutas protegidas por cada direito evitando que eles colidam com frequência e exigindo que sejam aplicados por subsunção, o que lhes retira, de acordo com a teoria de Alexy, a condição de princípios e, por consequência, de direitos fundamentais. Assim, é possível considerar que o uso da ponderação é dependente da opção por um âmbito de proteção amplo. Porém, como é a única fase estritamente jurídica do modelo hermenêutico proposto por Alexy, o sopesamento tem função fundamental no processo interpretativo, sendo o instrumento responsável por conferir juridicidade ao direito e solucionar, assim, os inúmeros problemas gerados com a inclusão quase irrestrita de condutas no âmbito de proteção.

Por esta razão, grande parte das críticas dirigidas às teorias do suporte fático amplo é respondida pelos seus adeptos com recurso às qualidades da ponderação, o que, contudo, não parece lhes garantir algum sucesso, ante as inúmeras inconsistências já apontadas neste trabalho sobre tal ferramenta hermenêutica. Assim, somam-se às inconsistências da ponderação como método interpretativo, os problemas da ampliação do suporte fático, os quais também merecem uma análise atenta, a fim de reafirmar a opção por uma teoria restrita, a qual prescindia da ponderação como forma de lhe conferir juridicidade e legitimidade.

### 3.2.1.1. O problema da honestidade

A questão da honestidade é uma crítica, via de regra, oposta à teoria externa das restrições, a qual será objeto de abordagem mais adiante. Contudo, entende-se que a oposição tem maior sentido quando a concepção das intervenções pela via externa é complementada pela ideia de suporte fático amplo. Isso porque, a questão colocada é a de que haveria uma ilusão desonesta na proteção de diversas situações pelos direitos fundamentais que, diante do caso concreto, se revelam não protegidas. Este efeito é, por óbvio, mais latente quando se amplia o

âmbito de proteção ao máximo, de forma a considerar a proteção, *a priori*, de um número de condutas que tende ao infinito. Nessa situação o número de desilusões será inevitavelmente maior do que numa teoria que retira condutas do âmbito de proteção antes do caso concreto.

Considerada, pois, a ampliação do âmbito de proteção, a crítica parece bastante pertinente, pois, de fato seus defensores sustentam que o direito fundamental protege, em princípio, todas as ações, posições e estados que tem qualquer ligação com o seu âmbito temático, o que, no entanto, não se revela verdadeiro quando tratam de garantias definitivas (BOROWSKI, 2003, pos. 1189). O curioso é que a existência de uma diferença significativa entre o que é protegido *prima facie* e o que é garantido em definitivo é justamente o argumento utilizado para combater a crítica. Segundo aponta Virgílio, sustentado em Borowski, aquele que com base num direito *prima facie*, considerado no contexto de uma teoria externa, nutre esperanças de proteção, o faz sem fundamento (SILVA, 2010, p. 146), pois deve aguardar o processo de interpretação, diante do caso concreto, para saber se está protegido.

A linha de defesa mencionada não é desprovida de sentido, haja vista que seria ingenuidade acreditar num direito independente de interpretação e que, seria possível prever, sem margem de erro, a solução jurídica do judiciário para cada caso que envolve direitos fundamentais. Contudo, aceitar uma concepção ampla do âmbito de proteção significa, como bem salienta Virgílio, conceber como protegidas *prima facie* pelo direito de liberdade (de agir e de expressão), condutas como o furto e a calúnia, para as quais, de acordo com o próprio autor, não há esperança de proteção (SILVA, 2010, p. 153). Este problema não existe quando se trata de suporte fático restrito, ainda que se conceba a possibilidade de intervenções externas ao direito.

O problema da desonestidade reside, portanto, no seio da teoria dos princípios, na medida em que esta se baseia na ideia de suporte fático amplo para justificar o uso da ponderação entre normas de direito fundamental como forma de dar uma solução jurídica racional<sup>66</sup>. Isso,

---

<sup>66</sup> Sobre a relação entre suporte fático amplo e o sopesamento como forma de restrição aos direitos fundamentais, assim se manifesta Virgílio: “É óbvio, (...), que ninguém – nem mesmo os defensores do suporte fático amplo e da teoria externa – imagina que no direito definitivo de liberdade estão incluídas ações como furtar; ou que no direito definitivo de liberdade de expressão está incluída a possibilidade de caluniar à vontade; ou, por fim, que no direito definitivo à liberdade religiosa está incluída a possibilidade de fazer sacrifícios humanos. Pensar diferente seria, mais uma vez, confundir os planos *prima facie*

pois, nos casos em que não há esperança de proteção, o sopesamento diante do caso concreto não passa de um jogo de cartas marcadas. Nestas condições, a necessidade de ponderar entre um direito e outro diante das circunstâncias do caso se revela uma falácia, assim como a existência de um âmbito de proteção amplo e a própria estrutura aberta das normas de direito fundamental que as caracteriza como princípios em oposição às regras.

Nessa condição, não se pode alegar que a inexistência de esperança de proteção com relação, por exemplo, à conduta “sacrifício humano para fins religiosos” decorre de uma ponderação entre o direito à vida e à liberdade religiosa. Se o direito à liberdade religiosa não tem, neste caso, qualquer chance de vitória contra o direito à vida, não há verdadeiro embate entre eles (ANDRADE, 2012, p. 267-268). Não se trata aqui do embate entre Davi e Golias, de onde as circunstâncias particulares do caso podem revelar um desfecho inesperado, mas de situação em que não há chance de superação de um direito pelo outro. Assim, tem-se que a conduta representada pelo sacrifício humano está, *a priori* do sopesamento, excluída do âmbito de proteção daquele direito, ou seja, não se está diante de um suporte fático verdadeiramente amplo.

A desonestidade – ou melhor dizendo, a inconsistência – que importa aqui é, portanto, de ordem teórica e denota com ainda mais ênfase os problemas já apontados acerca da teoria dos princípios cunhada por Alexy. Quando Borowski diz que não é adequado restringir um direito *a priori*, sem que se baseie na literalidade do texto normativo ou na vontade do constituinte (BOROWSKI, 2003, pos. 1189), o faz claramente em defesa da necessidade de utilizar a ponderação como forma de solucionar conflitos que envolvam direitos fundamentais, o que depende, em grande medida do alargamento do âmbito de proteção que conduz à estrutura de princípios conferida aos direitos fundamentais por Alexy<sup>67</sup>. Porém, se a solução para casos como o do sacrifício

---

*e definitivo, além de imaginar que a teoria externa seja uma teoria normativa que prescreve tais direitos. O que a teoria externa faz – repita-se – é reconstruir um problema teórico a partir de uma premissa. Essa premissa é a de que os direitos fundamentais têm suportes fáticos amplo e que as restrições a eles são produtos de um sopesamento com princípios colidentes.” (SILVA, 2010, p. 153)*

<sup>67</sup> A importância do alargamento do âmbito de proteção para a teoria dos princípios é evidenciada por Virgílio Afonso da Silva nestes termos: “seria teoricamente inconsistente supor, por exemplo, que o direito *prima facie* à liberdade de expressão não inclui a possibilidade de caluniar, difamar ou

religioso, do furto ou da calúnia não está num verdadeiro sopesamento, dizer que só faz sentido delimitar o âmbito de proteção em face do caso concreto e por meio deste instrumento, não tem qualquer razão de ser.

A resposta oferecida por Virgílio a este questionamento é insatisfatória, pois deixa de basear sua análise sobre casos em que a não-proteção é evidente para se debruçar sobre outros em que ela é somente aparente, como do pintor que decide realizar sua obra no centro de um cruzamento viário e o do trombonista que resolve ensaiar no seu apartamento em plena madrugada. Segundo o autor, ao acrescer dados fáticos a estas situações, como o dito cruzamento não ter qualquer movimento ou o apartamento do músico possuir tratamento acústico eficiente, é possível chegar a contextos em que não faria sentido excluir a conduta do âmbito de proteção do direito à liberdade artística. Há aí, todavia, dois problemas, um que os exemplos analisados não foram formatados em um nível de linguagem adequado e outro que nas situações “completadas” por Virgílio não há qualquer conflito que justifique a incidência de direitos fundamentais.

Diferente da situação representada pelo sacrifício humano, o caso do pintor e o do trompetista estão incompletos, pois lhes faltam elementos caracterizadores da conduta sobre a qual se pretende dizer haver ou não proteção. O exemplo do pintor comentado por Virgílio em alusão às obras de Müller e Vieira de Andrade, contém, como o próprio autor reconhece, uma especificação importante, o cruzamento em que o artista monta o cavalete é *movimentado* (SILVA, 2010, p. 88), o que altera toda a interpretação. Deste modo não faz sentido opor a esta situação, outra onde o pintor planta seus instrumentos de trabalho em local ermo. A exclusão da primeira conduta não pressupõe a eliminação da segunda. Já no caso do trompetista, parece óbvio que não se está a tratar do cenário em que o músico possua tratamento acústico em seu apartamento, até porque aí não haveria qualquer razão para a exclusão

---

injuriar. Excluir tais ações do suporte fático significaria abandonar suas próprias premissas teóricas. Com isso, ainda que talvez isso não seja para todos perceptível, *toda teoria dos princípios cairia por terra*. Isso porque excluir tais ações do âmbito de proteção da liberdade de expressão significaria pressupor que há expressões que não são protegidas por esse direito, o que é o pressuposto de um modelo de suporte fático *restrito*. Além disso, isso pressuporia que o legislador ordinário, ao proibir tais condutas, estaria apenas *declarando* um limite imanente à liberdade de expressão, e não fazendo um sopesamento entre essa liberdade e o direito à honra. Tudo isso, como se vê, não é compatível com a teoria dos princípios.” (SILVA, 2010, p. 154).

da conduta, afinal, diante da inexistência de conflito, a situação, provavelmente nunca chegaria ao judiciário e certamente não haveria razão para ponderações<sup>68</sup>.

Borowski, como Virgílio, também elabora sua defesa com base na possibilidade de adição de elementos capazes de modificar a convicção inicial de não-proteção acerca de determinadas condutas, porém leva o argumento ao extremo ao ressaltar que “*en casos como los de ‘roubar y matar’, la solución jurídica parece ser unívoca. Con todo, en circunstancias extraordinarias podría tambalearse la certeza intuitiva de que no debe brindarse la protección de derecho fundamental*”<sup>69</sup> (BOROWSKI, 2003, pos. 1209). Ao conduzir sua linha argumentativa por este caminho, porém, o autor deixa de enfrentar apenas um problema teórico para se confrontar com uma questão prática relevante, pois terá de conviver com consequências importantes como a possibilidade de um juiz convalidar, por meio da ponderação entre o direito à vida e à liberdade religiosa, um sacrifício humano em razão das circunstâncias do caso concreto.

Isto equivale a dizer que mesmo diante de uma descrição de conduta que conduza inequivocamente à não-proteção, o juiz pode

---

<sup>68</sup> Os defensores do suporte fático amplo, em especial os partidários da teoria dos princípios, parecem pressupor, em certos momentos de sua argumentação, que inexistente justificção jurídica para a exclusão de condutas do âmbito de proteção nas teorias restritivas. Contudo, somente para aproveitar a menção feita por Virgílio aos exemplos utilizados por Friedrich Muller, evidencia-se que as situações completas oferecidas pelo autor brasileiro – pintura em via sem movimento e ensaio em apartamento com proteção acústica – se amoldam perfeitamente ao conceito de condutas “específicas” utilizadas pelo alemão para formatar o âmbito de proteção dos direitos fundamentais. Em conciso resumo, pode-se dizer que para Muller, o direito deixa à margem da proteção as condutas não-específicas, ou seja, aquelas que podem ser substituídas por outras sem que haja uma perda para o exercício do direito. De acordo com esta proposição, seria perfeitamente possível conceber as condutas descritas como específicas, em face das não-específicas “pintar num cruzamento movimentado” e “ensaiar de madrugada num apartamento sem tratamento acústico”. Não se está aqui, portanto, diante de uma restrição arbitrária do âmbito de proteção, pelo contrário. Cabe esclarecer, contudo, que as opções teóricas do presente trabalho não convergem com as feitas por Muller, o que restará claro em momento posterior.

<sup>69</sup> Tradução livre: em casos como ‘roubar e matar’, a solução jurídica parece ser única. No entanto, circunstâncias extraordinárias podem abalar a certeza intuitiva de que não deve ser contemplada a proteção de direito fundamental.

aceitar determinada circunstância do caso concreto como forma de contornar a conclusão óbvia, procedimento este que somente poderá ser controlado pela bastante questionável racionalidade do método interpretativo da ponderação, o que certamente não garante concretude à proposição de Borowski. Admitir, mesmo que teoricamente, a possibilidade de convalidar o sacrifício humano – ou qualquer outra situação tão absurda quanto – por meio da interpretação constitucional, significa dizer que a proteção dos direitos fundamentais não advém da Constituição, mas de seus interpretes oficiais.

### *3.2.1.2. Racionalidade*

A falta de racionalidade é outro problema que se atribui às teorias que comportam a ideia de âmbito de proteção amplo e de intervenção externa. Porém, esta não é bem uma crítica dirigida ao modelo estrutural das normas de direito fundamental, mas sim às consequências decorrentes da opção por determinados modelos, uma vez que aponta diretamente para uma deficiência particular do processo interpretativo. Contudo, tem-se que a adoção de um modelo amplo de âmbito de proteção torna a deficiência de racionalidade nos métodos de interpretação um problema mais grave em relação àquele que pode ser identificado, caso os mesmos métodos sejam aplicados a direitos fundamentais formatados segundo teorias restritivas.

Não se pretende neste momento, portanto, retomar a discussão sobre as deficiências de racionalidade da ponderação<sup>70</sup>, ainda que este seja o método interpretativo apontado como mais adequado por diversos autores que defendem o alargamento do âmbito de proteção em consonância com a possibilidade de intervenções externas. Isso porque, muito embora o sopesamento possua deficiências de racionalidade bastante visíveis, não há método interpretativo invulnerável a um maior ou menor grau de irracionalidade, de forma que independente da opção que se faça, sempre será preciso lidar com este problema.

A questão que se coloca, então, é a de que a ampliação do âmbito de proteção é capaz de potencializar os efeitos do problema de irracionalidade dos métodos interpretativos, na medida em que abre portas para caminhos que conduzem a resultados que confrontam os próprios valores protegidos pela Constituição. Tal conclusão decorre de uma lógica simples, se um mesmo método interpretativo é aplicado sobre duas bases argumentativas, sendo uma bastante ampliada em relação à

---

<sup>70</sup> Sobre o problema da falta de racionalidade na ponderação ver o tópico 1.2.7.

outra, a chance de que a parcela de arbitrariedade da qual o método não consegue se libertar, atue sobre premissas não desejáveis e chegue a soluções igualmente não desejáveis é bastante maior do primeiro caso.

Retomando o exemplo do sacrifício humano, na hipótese de exclusão *a priori* desta conduta do âmbito de proteção do direito à liberdade religiosa, tem-se como impossível a sua salvaguarda, independente do método interpretativo eleito. Todavia, ao incluir a conduta como resguardada *prima facie* pelo direito fundamental de liberdade religiosa, admite-se também que ela possa ser reconhecida como um direito definitivo, pois o contrário significaria excluí-la a prioristicamente do âmbito de proteção do direito. Nesta medida, admitida a impossibilidade de afastamento completo de certo grau de irracionalidade e subjetivismo de todo e qualquer método interpretativo, é preciso aceitar que as chances de contemplação de condutas claramente afrontosas à Constituição é tão maior, quanto maior for o número de condutas deste tipo passíveis de contemplação, o que tente aumentar quanto mais se elevar o grau de irracionalidade e subjetivismo do método.

No que diz respeito ao problema apontado, Martin Borowski defende a teoria do suporte fático amplo nos seguintes termos:

La ventaja más apreciable de la teoría amplia del supuesto de hecho consiste en que ella reconstruye la fundamentación de la decisión sobre la protección definitiva de derecho fundamental como resultado de una ponderación racional, en cuanto el constituyente no haya establecido ya algo de manera definitiva en la literalidad de la Constitución o en su voluntad. (BOROWSKI, 2003, pos. 1263).

Segundo o jurista alemão, a vantagem da teoria ampla estaria na possibilidade de justificação das restrições mediante a aplicação de um processo de ponderação racional, nos casos em que a literalidade do texto constitucional ou a falta de expressão do constituinte não permitirem ao interprete uma conclusão direta sobre o que é ou não protegido. Contudo, a aplicação de um método interpretativo supostamente racional para a definição do suporte fático dos direitos fundamentais não é um privilégio da teoria ampla do âmbito de proteção e tão pouco elimina o problema antes apontado. Além disso, a ponderação também atua nas lacunas da indeterminabilidade do texto constitucional, com a diferença de que o faz em dupla medida – ou



tripla, ou quádrupla etc –, duranteo confronto dois ou mais textos normativos.

Nesta medida, os argumentos de Borowski não parecem dissuadir a conclusão de que em não sendo possível afastar um grau mínimo de irracionalidade no processo de seleção de premissas, é mais vantajoso submetê-las a um duplo controle de constitucionalidade (delimitação e restrição) – *o qual não existe nas teorias que sustentam um âmbito de proteção amplo, nem naquelas que não admitem restrições externas* – do que basear a interpretação dos direitos fundamentais nas qualidades de um método, cuja juridicidade depende de uma pretensão do intérprete e o resultado de elementos externos à Constituição.

### 3.2.1.3. *Segurança jurídica*

A segurança jurídica pode ser referida como uma garantia de ordem constitucional em face da instabilidade institucional, social e econômica inevitavelmente vivenciada num Estado de Direito<sup>71</sup>. Em vista desta concepção, é possível pinçar dois aspectos importantes para a análise que ora se desenvolve, as necessidades de manutenção de certo grau de estabilidade e previsibilidade das decisões que envolvem direitos fundamentais. Parece claro não ser possível conceber, num Estado de Direito em que se preza pela segurança jurídica, um cenário jurídico-constitucional no qual, a todo o momento, seja possível observar decisões judiciais contraditórias e não se possa identificar nas bases do direito, os argumentos utilizados para a construção destas decisões.

A questão da estabilidade certamente não se resolve pela eleição de uma forma específica de interpretação, contudo, representa um problema maior quanto mais elevado for o índice de subjetividade incutido no método eleito e quanto menos ele fizer referência ao direito. Não se resolve, pois é evidente que toda forma de interpretação contem o elemento da subjetividade, ao passo em que acaba inevitável e, em até alguma medida, saudável que haja contradições na interpretação constitucional. É, por outro lado, mais latente nas hipóteses

---

<sup>71</sup> Para uma delimitação mais ampla e precisa acerca do direito à segurança jurídica ver: SARLET, Ingo Wolfgang. *A Eficácia do Direito Fundamental à Segurança Jurídica: Dignidade da pessoa humana, direitos fundamentais e proibição do retrocesso social no direito Constitucional Brasileiro*. Disponível em: <http://www.egov.ufsc.br/portal/sites/default/files/anexos/15197-15198-1-PB.pdf>. Acesso em 07/05/2014.

mencionadas, em razão do maior número de possibilidades de solução colocadas à frente do interprete quando estas hipóteses podem ser construídas com base em elementos não identificáveis como reconhecidos de alguma forma pelo direito.

O problema identificado com a ampliação de possibilidades interpretativas remete à questão da racionalidade abordada no tópico anterior, quanto menos se puder afastar os aspectos emocionais do processo interpretativo, maiores serão as possibilidades de ele resultar no absurdo e, acrescenta-se, no contraditório. O aspecto a se analisar não é, portanto, a existência de certo grau de irracionalidade no método, o que é comum a todos eles, mas a capacidade que o argumento ou a intenção não racional tem, em cada forma de interpretação, de determinar uma conclusão. Tal potencialidade aparenta mais gravosa quando a interpretação do direito fundamental parte de um âmbito de proteção amplo sobre o qual a delimitação não é feita a partir da interpretação do texto constitucional, mas da aplicação de um método, cujas bases não remetem ao direito.

Daí se afigura o segundo problema, que remete à dificuldade de previsão jurídica no processo interpretativo. A contemplação de um âmbito de proteção amplo depende de que a interpretação dos direitos fundamentais não seja feita com base nos elementos particulares da própria Constituição, do conjunto normativo infraconstitucional ou mesmo do direito visto de uma perspectiva não formalista. Caso contrário, a leitura inevitavelmente conduziria à restrição em abstrato do âmbito de proteção, algo incompatível com a teoria em questão. Sendo assim, o processo interpretativo – *na perspectiva da teoria ampla* – precisa ser governado por elementos exteriores ao direito, tal qual ocorre na ponderação, a qual é dependente da teoria das dimensões de peso formatada por Alexy, cujo critério “normativo” se resume a uma frágil comparação entre grandezas, e cujo uso só se justifica mediante argumentação política.

A independência entre as engrenagens do método e o direito torna o resultado da ponderação algo imprevisível do ponto de vista jurídico, de forma que a previsão da solução para um dado caso concreto só pode ser realizada tendo como base a análise da concepção moral do juiz acerca da situação em causa. Contra esta conclusão, Borowski sustenta que a teoria ampla precisa ser contemplada, a partir de um panorama construtivista (BOROWSKI, 2003, pos. 1231), ou seja, a construção de padrões judiciais, a partir da aplicação do método, conduziria à previsibilidade desejada, com a formação da jurisprudência necessária

para que a solução de muitos casos que envolvam direitos fundamentais se dê com referência a desfechos interpretativos anteriores.

Virgílio Afonso da Silva complementa a defesa da teoria ampla, ao argumentar que a “*verdadeira previsibilidade da atividade jurisdicional se dá a partir de um acompanhamento cotidiano e crítico da própria atividade jurisdicional*”, sendo “*papel dos juristas exercer um controle social da atividade jurisdicional*”. E segue, apontando que o cerne do problema da segurança jurídica está na possibilidade da proliferação de decisões *ad hoc*, ao passo em que só pode ser resolvida mediante o aludido controle social operado pelos juristas. Em face disso, o problema da insegurança jurídica seria próprio do sistema jurídico vigente e não de um único método interpretativo (SILVA, 2010, p. 147-148).

Os dois argumentos possuem coerência, pois, não parece contestável que a criação da jurisprudência e o exercício de um controle social sobre as decisões jurídicas dos tribunais contribuam para um maior grau de estabilidade e previsibilidade das soluções para os casos que envolvam direitos fundamentais. Todavia, cabe considerar de plano que a ideia construtivista adicionada por Borowski tem que ser contemplada em contexto, pois não seria forçoso concluir que a construção da jurisprudência pode ser conduzida em qualquer sentido, ou seja, é possível que um histórico de decisões reiteradas ofereça um panorama de como os tribunais se comportam e uma perspectiva de como se comportarão no futuro, porém não garante que este comportamento esteja de acordo com a Constituição.

A solução para a inconsistência do argumento de Borowski seria, então, a proposição de Virgílio de que é necessário um controle externo que evite o descaminho jurisprudencial. Ocorre, porém, que esta proposição não soluciona o problema – afinal nada garante que o judiciário se submeta à este modo de “fiscalização” – e, ainda sugere outro, pois deixa certo que a adesão dos juízes ao que se considera correto não depende exclusivamente da aplicação de um método interpretativo, mas também de um controle externo a ser exercido por quem não tem o poder institucional de decidir, o que coloca em xeque toda a estrutura de legitimidade das decisões tomadas por ponderação.

O problema ainda se agrava, pois o referido controle externo sequer pode ser um controle jurídico. Isso, poisna medida em que o interprete elege determinado método interpretativo como forma de legitimar a resposta correta para determinada questão de direito fundamental – *como ocorre na ponderação* –, ao crítico cabe apenas

questionar a opção pelo método ou demonstrar que o método foi aplicado incorretamente. Nesta medida, como a juridicidade do sopesamento depende exclusivamente de uma pretensão – *de correção* – e não do conteúdo em abstrato da norma, caso pretenda apontar defeito em sua utilização, só resta ao crítico lançar argumentos contidos no “manual de instruções” do método ou discordar, sobre bases morais, da conclusão do interprete.

Além disso, ainda que fosse possível conceber um controle jurídico e efetivo do método interpretativo, capaz de orientar a jurisprudência num caminho mais ou menos estável, não há nada a justificar que se possa confiar a este método – *ou à sua correta aplicação* – o poder de contrariar as decisões do legislador sem o apoio direto da Constituição. Por este motivo, mesmo na hipótese improvável imaginada por Virgílio, ainda haveria o problema de demonstrar queé possível, com base na Constituição, conferir ao juiz o poder de ponderar sobre questões de direitos em conflito, apenas por meio de argumentos políticos ou morais (DIMOULIS; MARTINS, 2011, p.213 e 215).

Não obstante, diante do amplo rol de possibilidades oferecido pela perspectiva ampla do âmbito de proteção e do elevado grau de subjetividade contido no processo de sopesamento, a ponderação não parece ser capaz de orientar as opções dos intérpretes por um caminho razoavelmente linear, o que não contribui para a estabilidade das decisões judiciais. Tão pouco parece possível conceber uma forma de controle sobre as decisões tomadas com base na ponderação que se possa considerar jurídica, pois a falta de referência a argumentos contidos no texto constitucional no curso do sopesamento torna a decisão comprometida apenas com o método, sendo, pois, imprevisível do ponto de vista jurídico.

### 3.2.1.4. Contradição lógica

Luis Prieto Sanchís afirma que diante do conflito clássico entre liberdade de expressão e privacidade, é preciso considerar que uma mesma conduta pode simultaneamente representar o exercício de um direito e uma ação delitiva, sem que haja uma relação de preferência entre estas duas acepções, sendo a ponderação a solução para decidir qual característica prevalecerá diante do caso concreto (SANCHIS, 1996, p. 47). Esta afirmação de Sanchís é compatível com a diferença, oposta pelos que defendem a teoria do âmbito de proteção amplo e a teoria das restrições externas, entre direitos protegidos *prima facie* e direitos protegidos de forma definitiva e sua relação de necessidade com

o sopesamento. Em outras palavras, com áreas protegidas ampliadas ao extremo e a possibilidade ulterior de limitação, é bem possível que uma conduta protegida *a priori* se revele como não protegida após o processo de interpretação, podendo ser nesse caso, inclusive, considerada uma violação de direito fundamental.

Segundo Virgílio Afonso da Silva, a possibilidade de conceber um direito protegido/não-protegido é objeto de crítica, sobremaneira no que tange ao direito civil, por Plainol e Ripert em relação à teoria das restrições externas (SILVA, 2010, p. 144). A resposta, ainda de acordo com Silva, reside na própria diferença entre proteção *prima facie* e proteção definitiva, pois como cada uma delas pertence a um nível diferente de resguardo no ordenamento jurídico, não haveria contradição entre elas. Entende-se, porém, que as premissas lançadas pelo autor são insuficientes para solucionar a questão, haja vista que mesmo inexistindo contradição entre as posições protegidas – *prima facie* e definitiva –, ela pode existir em razão da possibilidade de o resultado do processo interpretativo conduzir, legitimamente, à proteção ou à não-proteção.

Esta contradição é apenas aparente e, por isso não representa um problema, quando puder ser explicada pela ação de uma intervenção justificada constitucionalmente, pois se o próprio ordenamento constitucional autoriza a ação no seio do âmbito de proteção do direito fundamental, não é possível afirmar que a proteção definitiva da conduta intervinda é possível, neste particular não há o que censurar na defesa elaborada por Silva. Porém, se a justificativa da intervenção se dá com base em elementos estranhos à Constituição, como ocorre durante o processo de ponderação, a contradição permanece, pois a conduta definida como não-protegida diante do caso concreto continua sendo potencialmente protegida pela ordem constitucional.

Quando Sanchís diz que uma conduta resguardada pelo direito à liberdade de expressão pode representar, ao mesmo tempo, um exercício de direito e uma violação do direito à honra, está enunciando, sem dúvida, uma contradição, pois se determinada conduta pode ser classificada como violação, é incoerente afirmar que se trata de um exercício de direito, afinal a violação pressupõe a antijuridicidade (PIEROTH, SCHILINK, 2012, §237). Contudo, caso fosse possível entender a conduta em questão como uma intervenção constitucionalmente justificável, então ela nunca poderia ter sido classificada como ação delitiva e a contradição se revelaria aparente.

O perigo de contradição referente às possibilidades de proteção somente desaparece caso se opte por uma concepção de direitos fundamentais que estabeleça uma completa compatibilidade entre eles, excluindo, ou reduzindo ao máximo o problema das colisões, assim como ocorre na percepção de direito enunciada por Ferrajoli ou em algumas teorias que combinam a ideia de âmbito de proteção restrito com a das restrições internas dos direitos fundamentais. Por outro lado, constituirá uma ameaça tão maior, quanto mais ampliada for a concepção de âmbito de proteção, haja vista que o alargamento deste campo tem como consequência direta o aumento do número de intervenções capazes de transformar uma conduta protegida *prima facie* em conduta repelida em definitivo.

### 3.2.1.5. Conclusão

A exposição das características e críticas particulares à concepção ampla do âmbito de proteção dos direitos fundamentais feita nos tópicos anteriores denota que há uma íntima relação entre esta opção teórica e o instrumento interpretativo da ponderação. Em tese, de acordo alguns autores que defendem as duas ideias, a ponderação depende, para que ocupe o papel central do esforço interpretativo, do alargamento da área protegida pelo direito fundamental, ao mesmo tempo em que seria capaz de corrigir as consequências negativas desta ampliação. Todavia, pode-se perceber o contrário, o que se concluiu ao longo da análise, é que as deficiências de um modelo apenas potencializam as carências do outro.

Do que se viu, a ampliação do âmbito de proteção dos direitos fundamentais não traz qualquer vantagem para a interpretação, impondo-lhe, ao contrário, problemas como a potencialidade de abrigo para situações claramente não contempladas pela ordem constitucional. Contudo, suas limitações não se concentram apenas nas inconsistências teóricas do modelo interpretativo que exige, mas também no argumento de teoria constitucional que a justifica.

Como já se viu no primeiro capítulo<sup>72</sup>, alguns autores como Sanchís e Barroso, acreditam que, em face de as Constituições atuais conformarem realidades plurais, a ponderação se torna um instrumento fundamental à sua interpretação, na medida em que é capaz de solucionar os conflitos entre valores recepcionados por realidades jurídicas diversas, mediante o posicionamento dos direitos, em cada caso concreto. A capacidade de reposicionamento a cada nova situação

---

<sup>72</sup>Conforme tópico 2.3.6.3.

de conflito, eliminaria o risco de decisões baseadas em pressupostos jurídicos tidos como legítimos, tornar-se ilegítima em razão de seu afastamento da realidade social ou do pressuposto de justiça imposto diante dessa realidade. Este argumento é levado ao extremo quando Alexy afirma que uma norma só poderá ser válida quando for justa e quando Sanchís defende que a ponderação pode ser aplicada sempre que o interprete considerar injusto o resultado da aplicação da lei (SANCHÍS, 1996, p. 47)<sup>73</sup>.

No delinear destas concepções seria preciso, então, que ao interprete fosse oferecido um rol de possibilidades de proteção tão alargado quanto for necessário para abrigar os atos, fatos, estados ou posições compreendidos por cada realidade jurídica observada no tecido sócio-político conformado pela Constituição. Somente assim a interpretação não correria o risco de excluir, *a priori*, uma situação jurídica que, de acordo com a realidade social pudesse ser considerada justa diante das circunstâncias de um determinado caso concreto. Porém, a vista do que já foi dito até aqui, tal ampliação garante apenas uma possibilidade de proteção<sup>74</sup> e tem como efeito colateral a possibilidade de proteção para situações indesejáveis. Além disso, entende-se que a conformação de uma sociedade plural não depende da aceitação potencial de qualquer coisa, seja porque a Constituição expressa e denota limites que não podem ser ignorados, ou porque, dentro desses limites é possível, pela via da interpretação, absorver os traços relevantes da realidade social conformada, o que será objeto de análise nos tópicos posteriores.

Em suma, não se pôde observar qualquer razão que justifique a opção por um âmbito de proteção amplo, nem qualquer vantagem particular dessa opção em relação à opção contrária, capaz de dissuadir as escolhas teóricas feitas até este ponto do trabalho. O alargamento da área protegida pelos direitos fundamentais retira a identidade da Constituição, a qual acaba substituída pela identidade de seus intérpretes, o que representa não só um perigo com o qual não se

---

<sup>73</sup> Conforme tópico 2.3.6.2.

<sup>74</sup> Como a ponderação apresenta um alto grau de subjetividade, a interpretação depende muito mais do que das concepções do interprete acerca da realidade social, do que da concepção da Constituição acerca desta mesma realidade – Sanchís chega a afirmar que o juiz ponderacionista se torna o senhor do direito (SANCHÍS, 1996, p. 47) –, de forma que o avanço no sentido da proteção da pluralidade depende em primeira medida da aceitação, pelo interprete, de uma realidade plural, algo que não se pode exigir do direito.

pretende conviver, mas também um sério problema de legitimidade, ao passo em que o judiciário passa a se sobrepor aos demais poderes de forma ativa e efetiva.

### 3.2.2. Âmbito de proteção restrito

Restringir o âmbito de proteção dos direitos fundamentais é um esforço interpretativo que se completa em duas fases. A primeira é material e diz respeito à delimitação do que se entende por âmbito de regulação do direito, ou seja, o conjunto de situações referentes ao objeto protegido. Já a segunda é jurídica e aponta para a exclusão, em abstrato, de atos, fatos, estados ou posições, existentes no âmbito de regulação, mas que, por algum motivo, não merecem a proteção do direito (ANDRADE, 2012, p. 271-272). Vê-se, pois que se trata de concepção antagônica à teoria ampla, a qual é caracterizada justamente pela impossibilidade de realizar tais exclusões.

No cerne da teoria ampla, a interpretação em abstrato se restringe à limitação do âmbito de regulação, o que se faz sem grande esforço interpretativo, haja vista que se consideram todo um conjunto de condutas ligadas ao âmbito temático do direito em causa. Para os adeptos desta teoria, a análise em abstrato do âmbito de proteção dos direitos fundamentais não comporta, portanto, interpretação estritamente jurídica. Diversa é a concepção das teorias restritas, para a qual a interpretação jurídica em abstrato é fundamental para a análise dos casos que envolvam direitos fundamentais. Nas teorias restritas, há, assim, uma distinção clara entre a fase de interpretação jurídica e a fase de aplicação da norma. Estes dois momentos se fundem no desenvolver das teorias amplas, mediante a aplicação do método interpretativo da ponderação, o qual prescinde de análises em abstrato do preceito fundamental para oferecer um resultado hermenêutico considerado satisfatório.

Para os adeptos da referida teoria, a restrição do âmbito de proteção só pode ocorrer no momento interpretativo de aplicação, diante das circunstâncias do caso concreto, pois somente aí seria possível verificar se a exclusão de determinada conduta é uma medida proporcional. Por esta razão, a fase abstrata de interpretação jurídica particular das teorias restritas é o alvo principal das críticas feitas pelos adeptos das teorias amplas, para os quais não haveria um meio adequado de operar a exclusão *a priori* de condutas e para quem tal eliminação



significa prejuízo para a justificação constitucional e uma garantia menos eficaz para os direitos fundamentais<sup>75</sup>.

Não obstante, sem ignorar as críticas, o que se tentará demonstrar ao longo dos próximos tópicos é que diante das deficiências da teoria ampla e dos pressupostos e vantagens das teorias restritas, resta acertada a opção por esta segunda concepção. As premissas sustentadas pelas teorias restritivas do âmbito de proteção parecem lidar melhor com os problemas de interpretação que causam as sérias deficiências do modelo amplo, além de se adequar com mais precisão a estrutura normativa da Constituição brasileira (mas não só), razão pela qual a opção pelo alargamento do âmbito de proteção em favor da teoria dos princípios de Alexy e da ponderação como instrumento essencial de interpretação dos direitos fundamentais, se mostrará uma vez mais sem razão.

### *3.2.2.1. Limites x restrições*

Bem explicam Pieroth e Schlink que termos como ingerência, limite, limitação e restrição são por um lado sinônimos e por outro não (PIEROTH; SCHILINK, 2012, §223), algo que pode, em princípio, tornar confusa a compreensão dos conceitos, mas que bem esclarecido colabora para o entendimento da conjunção entre a teoria restrita do âmbito de proteção e a teoria externa das restrições que ainda será tratada neste trabalho.

A vista do que sustentam estes autores, os termos limites e restrições são sinônimos quando utilizados para explicar a não proteção pelos direitos fundamentais de determinadas condutas, estados ou posições jurídicas. Isso porque o resultado prático dos processos de limitação e de restrição é o mesmo. Se ao final do processo interpretativo/decisório determinado juiz afirma que a pretensão do autor não está coberta pelos direitos fundamentais seja por conta de uma limitação, seja em razão de uma restrição, o efeito prático da decisão é a vedação de concretização do que pretendia o sujeito. O que se altera é o caminho argumentativo percorrido pelo juiz para chegar nessa conclusão.

A diferença entre o processo de interpretação/decisão que conduz à não-proteção por limitação e por restrição reside, pois, nas bases teóricas que explicam cada uma das duas coisas. Sobre este

---

<sup>75</sup> Nesse sentido Virgílio Afonso da Silva (2010, p. 121) e Martin Borowski (2003, pos. 1262).

distanciamento, Pieroth e Schlink afirmam que as expressões “limites” ou “limitações” são por vezes utilizadas para designar a fronteira que separa o âmbito de regulação do âmbito de proteção (PIEROTH; SCHILINK, 2012, § 224), um sentido parecido ao conferido por José Carlos Vieira de Andrade ao conceito de “limites imanes”, que, de acordo com o autor se refere aos comandos constitucionais expressos ou não que determinam em abstrato as bordas da área de proteção dos direitos fundamentais (ANDRADE, 2012, p. 268-269). Nestes termos, os limites se afastam das restrições porque decorrem da própria interpretação do direito, enquanto as restrições são externas a ele.

Nesse sentido, é possível dizer que o processo de interpretação/decisão se opera num primeiro momento com a delimitação do âmbito de regulação, mediante o destaque dos limites imanes que determinam quais condutas, estados e posições jurídicas pertencentes ao âmbito de regulação estão resguardados pelo âmbito de proteção do direito fundamental. Já num segundo momento, a tarefa se dirige no sentido de avaliar se há justificativa constitucional para tornar sem efeito a proteção de determinadas condutas, estados ou posições jurídicas abrigadas no âmbito de proteção, mediante a intervenção de um elemento externo ao direito fundamental, como uma lei ordinária ou uma ação estatal específica. O resultado desta segunda etapa, quando positivo, é o que se denomina restrição ou ingerência.

A descrição deste processo evidencia a separação conceitual admitida neste trabalho entre a definição semântica das expressões *limites* e *restrições*. Contudo, é necessário observar que tal diferenciação perde em importância no discurso das teorias amplas do âmbito de proteção e nas teorias internas das restrições dos direitos fundamentais. Isso porque, para as teorias amplas, a primeira fase do processo de interpretação/decisão, que se pode chamar *limitação em abstrato*, não existe, enquanto que para as teorias internas, o que não há é a segunda fase, de *limitação (ou restrição) em concreto*. Assim, para as primeiras teorias, *restrições* e *limitações* serão sinônimas no sentido de restrição, enquanto que para as demais, ambas as expressões terão sempre o sentido de limitação.

### 3.2.2.2. Vantagens das teorias restritas

Não seria de mais dizer que uma das grandes vantagens das teorias restritas reside justamente na senda de inconsistências identificadas nas teorias amplas e que, somente isso seria o bastante para justificar a opção pela restrição do âmbito de proteção dos direitos

fundamentais. O alto teor de subjetividade incutido nos métodos interpretativos utilizados para lidar com a ampliação do âmbito de proteção, bem como os riscos que decorrem do enorme número de possibilidades de conclusões legitimadas pela aplicação do método, por si, já acenam para a necessidade de admitir uma área protegida estreitada para os direitos fundamentais.

Contudo, outro aspecto também é relevante no sentido de recomendar tal opção. Quando se fala em âmbito de proteção ampliado, equiparado ao âmbito de regulação, que não se forma, em abstrato, mediante um esforço interpretativo jurídico, quer se dizer que a Constituição apenas enuncia objetos merecedores de proteção, mas não efetiva qualquer garantia de proteção para as condutas (e em face das), estados ou posições jurídicas, relacionados com estes objetos. Retira-se da Constituição a função prescritiva, para que ela assuma apenas o papel de referencial interpretativo.

Uma consequência disso é a proeminência do interprete em face do legislador em todos os seus papeis, do constituinte originário, passando pelo revisor constitucional até o infraconstitucional, ao passo em que todas as suas proposições funcionam, na lógica da teoria ampla, como meros referenciais para as decisões judiciais que criam o direito a partir da aplicação dos métodos interpretativos. A solução deste problema reclama dos adeptos da teoria ampla a demonstração de que é a própria Constituição que confere ao juiz o papel central de criador do direito, o que tem sido feito, acredita-se sem sucesso, com base em argumentos já analisado no primeiro capítulo deste trabalho como o pluralismo e a unidade constitucional<sup>76</sup>.

Em oposição, este é um problema inexistente – *ou pelo menos muito reduzido* – na teoria restrita, pois em face do reconhecimento da existência de limites nos âmbitos de proteção dos direitos fundamentais, o juiz deixa de ter a sua disposição um rol de possibilidades interpretativas praticamente ilimitado, devendo se balizar, pelo menos num primeiro momento, nas ordens prescritivas expressas ou não das normas constitucionais. A necessidade de observar os limites oriundos da atividade legislativa permite que haja um maior equilíbrio entre o poder legislativo e o judiciário, algo mais adequado para a ordem democrática.

Outra questão que pode ser destacada como vantagem da teoria restrita, é a possibilidade de resguardo do que a doutrina costuma

---

<sup>76</sup>Conforme tópico 2.3.6.3.

denominar *conteúdo essencial* do direito fundamental. O conteúdo essencial, entendido como uma esfera de proteção intocável, sem a qual a proteção do objeto referente ao direito fundamental não faria sentido, somente pode ser reconhecido mediante delimitação em abstrato com referência ao que prescreve a Constituição. A ideia de conteúdo essencial é, pois, incompatível com o modelo de âmbito de proteção ampliado, haja vista que não admite qualquer restrição das posições protegidas *prima facie*<sup>77</sup>.

A possibilidade de garantia do núcleo essencial, que será estudado neste trabalho como limite das restrições ao âmbito de proteção, é segundo autores como José Carlos Vieira de Andrade não só uma vantagem, como uma necessidade na medida em que reforça o valor normativo da dignidade da pessoa humana que se projeta em cada direito fundamental (ANDRADE, 2012, p. 268)<sup>78</sup>. Na teoria ampla, que exige visualizar a realidade dos direitos fundamentais como um estado conflituoso, do qual a norma exsurge a partir do embate entre dois ou mais direitos fundamentais, a dignidade da pessoa humana perde espaço no contexto normativo, pois apenas serve como fundamento para a proteção dos valores a serem protegidos. A dignidade não participa da ponderação e, por isso, figura como elemento menor no processo de decisão e criação do direito.

### 3.2.2.3. *Incompatibilidade da teoria ampla com a Constituição*

Se for possível admitir que a Constituição brasileira de 1988 não concebe o juiz como elemento central do processo de criação do direito, que exige a proteção do núcleo essencial dos direitos fundamentais e que preserva o conteúdo normativo da dignidade da pessoa humana, é possível sustentar, com base no que foi apontado acima, que há um grau

---

<sup>77</sup> Há autores que sustentam a posição diversa, como Virgílio Afonso da Silva (SILVA, 2010, p. 184-207).

<sup>78</sup> Não se desconhece que o autor português trata de forma mais próxima da Constituição portuguesa de 1976, a qual contém no artigo 18.3 um comando expresse de proteção do núcleo essencial, tal como ocorre com a Constituição alemã de 1949 (artigo 19.2) e com a Constituição espanhola de 1978 (artigo 53.1) e que não existe na Constituição brasileira de 1988 um dispositivo semelhante. Contudo, como se demonstrará adiante, há diversos motivos para acreditar que o nosso texto constitucional confere proteção ao núcleo essencial, dentre os quais figura a preservação da forma normativa da dignidade humana citada por Vieira de Andrade.

considerável de incompatibilidade entre a Constituição e a concepção ampla do âmbito de proteção. Contudo, uma breve análise mais do texto constitucional indica que este grau é tão elevado que torna praticamente insustentável a aplicação deste modelo.

Nesse sentido, chama-se a atenção, por exemplo, para a segunda parte do inciso XI do artigo 5º<sup>79</sup> que trata da inviolabilidade do domicílio e para o caput do artigo 220 e seus parágrafos 1º e 2º<sup>80</sup>, que versam sobre a liberdade de expressão e a liberdade de imprensa. Em ambos os casos, o próprio texto da Constituição impõe limites de proteção a direitos fundamentais que não podem ser ignorados pelo interprete do direito fundamental. Quando a Constituição diz que não se protege o domicílio em caso de flagrante delito ou que o direito à liberdade de imprensa tem que observar a proibição de violação dos direitos fundamentais da personalidade (art. 5º, X, CRFB/88) está, de forma clara, estabelecendo limites ao livre exercício dos direitos em questão, o que precisa ser ignorado pela teoria ampla para que mantenha intactos os seus pressupostos.

Deve-se voltar os olhos também para a conformação do âmbito de proteção com base em restrições fundamentadas na correta aplicação de um método interpretativo, elemento central de teorias como a de Alexy, que tem o âmbito de proteção amplo em sua base teórica. O inciso II do artigo 5º da Constituição Brasileira enuncia que *ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei*, do que se depreende que as restrições aos direitos fundamentais só podem decorrer de limitação constitucional ou de disposição legal<sup>81</sup>, neste último caso mediante justificação constitucional, haja vista que o

---

<sup>79</sup> Art. 5º, XI, CRFB/88 - A casa é asilo inviolável do indivíduo, ninguém nela podendo penetrar sem consentimento do morador, salvo em caso de flagrante delito ou desastre, ou para prestar socorro, ou, durante o dia, por determinação judicial;

<sup>80</sup> Art. 220, CRFB/88 - A manifestação do pensamento, a criação, a expressão e a informação, sob qualquer forma, processo ou veículo não sofrerão qualquer restrição, observado o disposto nesta Constituição. § 1º - Nenhuma lei conterá dispositivo que possa constituir embaraço à plena liberdade de informação jornalística em qualquer veículo de comunicação social, observado o disposto no art. 5º, IV, V, X, XIII e XIV. § 2º - É vedada toda e qualquer censura de natureza política, ideológica e artística.

<sup>81</sup> Tratando da Constituição alemã de 1949, Pieroth e Schlink esclarecem que “*não é justificável jurídico-constitucionalmente a ingerência num direito fundamental não sujeito a reserva que não tenha lugar por ou com base numa lei*” (PIEROTH; SCHLINK, 2012, §344).

exercício de todos os poderes deve obedecer à Constituição (Art. 1º, parágrafo único, CRFB/88). Deste modo, somente se poderia admitir uma decisão sobre direitos fundamentais fundamentada na correção de um instrumento interpretativo como a ponderação, caso o próprio método tivesse fundamento constitucional.

Não se está a dizer aqui, portanto, que seria impossível imaginar soluções hermenêuticas como parte do processo de criação do direito, até porque esta concepção afastaria por completo o interprete desta tarefa, o que não se considera compatível e necessário para a concretização do antes aludido equilíbrio entre os poderes, exigido pela ordem democrática. O que se pretende deixar claro é que soluções interpretativas como a ponderação, que não possuem fundamento de existência e aplicação na Constituição e sequer utilizam parâmetros constitucionais como moduladores, carecem de legitimidade para serem utilizadas como baliza na solução de casos que envolvem direitos fundamentais.

Mais uma questão importante que diz respeito ao problema da compatibilidade é o princípio da unidade constitucional. Como já se teve a oportunidade de dizer<sup>82</sup>, o princípio da unidade está muito mais relacionado com a necessidade de ler a Constituição sob uma perspectiva sistemática, ou até mesmo sistêmica, do que com uma pretensa exigência de concebê-la como um todo conflituoso que deve ser lançado sobre o caso concreto para, somente aí, ser harmonizado, como sustentam, por exemplo, Sanchís e Barroso<sup>83</sup>. A leitura sistemática tem suas balizas definidas – *ora de forma expressa, ora de forma implícita* – na própria Constituição e geralmente impõe que se reconheçam limitações aos direitos fundamentais, algo incompatível com o modelo amplo do âmbito de proteção.

Ao contrário do que possa sugerir a ideia de direitos *prima facie* ilimitados, a Constituição não desconhece a possibilidade de conflitos entre os direitos fundamentais. Um dos elementos que demonstra essa posição é existência de reservas de lei, criadas no texto constitucional para possibilitar a restrição – *não confundir com limitação* – do âmbito de proteção pela via legislativa. A partir da existência das reservas de lei, fica claro que a Constituição não só aceita as situações de colisão, como oferece meios adequados para a sua solução, não havendo razão para impor – ou possibilitar – ao interprete outras formas de

---

<sup>82</sup>Conforme tópico 2.3.6.3.

<sup>83</sup>Conforme tópico 2.3.6.3.

equacionamento no que diz respeito aos direitos sujeitos à reserva (PIEROTH; SCHLINK, 2012, §342)<sup>84</sup>.

Quanto aos direitos sem reserva, por outro lado, tem-se que a Constituição não previu a existência de colisões ou não considerou relevantes os conflitos possíveis, a ponto de reclamar intervenções legislativas, o que leva a crer que a delimitação do âmbito de proteção desses direitos tende a evitar o choque com outros direitos. Por isso, conforme salientam Pieroth e Schlink, “*a solução de um problema de colisão tem de começar com a questão de saber se a conduta colidente cairá no âmbito de proteção*” (PIEROTH; SCHLINK, 2012, § 343). O uso de restrição legislativa<sup>85</sup> nestes casos deve ser tido como exceção, a fim de resolver as situações em que não foi possível solucionar o conflito com base na determinação precisa do âmbito de proteção (DIMOULIS; MARTINS, 2011, p. 151 e 155).

Em suma, a existência de reservas de lei impõe reconhecer que a Constituição não só admite a possibilidade de colisões, como também indica as posições em que as considera possíveis e relevantes, não havendo espaço, então, para uma inflação dos conflitos por via doutrinária, o que invariavelmente ocorre quando se tenta alargar ao máximo o âmbito de proteção dos direitos fundamentais. A vista do que prescrevem constituições como a brasileira, que trazem expressas no texto as reservas de lei, o modelo de âmbito de proteção amplo figura, pois, como uma ficção criada para justificar a utilização de um método interpretativo que, em algum momento, julgou-se capaz de solucionar os problemas do positivismo clássico.

#### 3.2.2.4. Limites x ponderação

Aqui se retoma algo que já foi discutido, mas que merece nova abordagem sob a temática do âmbito de proteção. Trata-se das situações de ponderação aparente, ou seja, decisões sobre direitos fundamentais que foram, segundo a análise de alguns autores e, por vezes, dos próprios juízes, tomadas em vista das regras de sopesamento, mas que

---

<sup>84</sup> Entre nós, no mesmo sentido, Dimoulis e Martins (DIMOULIS; MARTINS, 2011, p. 155).

<sup>85</sup> As restrições, no caso dos direitos não submetidos a reserva deve ser, por decorrência lógica, apenas de ordem legislativa, afinal se a Constituição exigiu intervenção legislativa para os casos em que previu a possibilidade de colisões, por certo que não admite ingerência menos exigente para as situações em que não vislumbrou conflitos ou os considerou irrelevantes (PIEROTH; SCHLINK, 2012, §344).

não passam de limitações em abstrato do âmbito de proteção. Exemplos já analisados são os dos casos *Liith* e *Titanic*<sup>86</sup>, nos quais se pôde verificar que, por vezes, a ponderação se resolve mediante a aceitação de hierarquia entre os direitos fundamentais, o que significa limitação em abstrato dos direitos envolvidos.

Nos casos apontados, isso ocorreu quando as circunstâncias do caso concreto determinaram que a intervenção necessária para resguardar um direito de defesa ou um direito de liberdade em conflito seria igualmente grave em relação a cada um deles. A solução para estas questões, segundo Alexy, deve ser resolvida pela prevalência do direito que sofre a intervenção (ALEXY, 2003, p.6), que é, em regra um direito de defesa. A aceitação de uma regra que soluciona os casos sempre da mesma forma em razão do conteúdo dos direitos só pode ser compreendida como uma forma de limitação em abstrato.

Há, no entanto, que ressalvar duas outras situações. A primeira diz respeito aos direitos irreais criados pela ampliação do âmbito de proteção. Na medida em que se admite o absurdo de resguardo de determinadas condutas, estados ou posições jurídicas, sua existência no processo de ponderação passa a ser meramente formal, motivo pelo qual sequer deve se falar em comparação dos graus de restrição<sup>87</sup>. Nestes casos, o que há são limites materiais pré-existentes à aplicação do método, os quais não podem ser superados pela dinâmica da ponderação.

Outra situação que é descrita por José Carlos Vieira de Andrade também remete às regras formuladas pelo processo de sopesamento. De acordo com o autor português, ao definir uma solução para determinado caso concreto o interprete cria limites no âmbito de proteção de um dos direitos envolvidos, os quais deverão ser observados em abstrato, sempre que as circunstâncias deste caso concreto se repetirem. Para Andrade, inclusive, estes limites sempre existiram em face daquelas circunstâncias, tendo sido apenas reconhecidos pelo interprete (ANDRADE, 2012, p. 268-269) e não constituídos como sustenta, por exemplo, Virgílio da Silva (SILVA, 2010).

Em todas as situações descritas, o fenômeno delimitador do direito, aquele que expressa quais as situações da vida são protegidas pela norma de direito fundamental, é a limitação e não a ponderação, haja vista que em nenhum dos casos o interprete é chamado a comparar

---

<sup>86</sup>Conforme tópico 2.3.7.

<sup>87</sup>Nesse sentido ver tópico 3.2.1.



os graus de intervenção que a cobertura de um direito causará em outro direito em conflito. Esta constatação, ao mesmo tempo em que reduz o espaço do sopesamento, salienta a desnecessidade de ampliação do âmbito de proteção dos direitos fundamentais e coloca em dúvida a necessidade de sopesar. Por este motivo, concorda-se com Vieira de Andrade quando afirma que a figura dos limites e, portanto, da delimitação do âmbito de proteção, “*não é em si dispensável*”, mesmo que se possa aceitar a ponderação<sup>88</sup> como forma de solução para alguns casos concretos que envolvam direitos fundamentais (ANDRADE, 2012, p. 268).

### 3.2.2.5. Críticas

As críticas direcionadas ao modelo restrito do âmbito de proteção dos direitos fundamentais vêm formuladas, em geral, por autores adeptos do modelo amplo, em especial por aqueles filiados a teoria dos princípios de Alexy. Há entre elas certo padrão, motivo pelo qual se procurou centrar a análise nos argumentos sustentados por Virgílio Afonso da Silva e por Martin Borowski, autores que dedicaram em suas reconhecidas obras de defesa da teoria dos princípios, observações específicas sobre a teoria restrita do âmbito de proteção – *ou do “suporte fático” como referido em seus trabalhos*.

A primeira crítica de Borowski tem a ver com a uma pretensa maior carga de fundamentação contida no processo interpretativo que se debruça sobre um âmbito de proteção amplo do que naqueles que se ocupam de âmbitos restritos. Segundo ele, não seria adequado excluir, independente de ponderação, a proteção de uma posição jurídica sem que se possa fundamentar negação claramente na literalidade da Constituição ou na vontade do constituinte (BOROWSKI, 2003, pos. 1186). A crítica é complementada por Virgílio, para quem a exclusão em abstrato de posições significa “*uma garantia menos eficaz desses direitos nas atividades legislativa e jurisdicional, por excluir da*

---

<sup>88</sup> Quando Vieira de Andrade fala em ponderação, não quer se referir ao método de argumentação estruturado por Alexy, o qual critica com ênfase (ANDRADE, 2012, p. 288). O juízo de ponderação atua quando se conclui que, se previsse expressamente determinadas circunstâncias, a Constituição as excluiria do âmbito de proteção do direito ou se considera que a proteção do direito nessas circunstâncias seria absolutamente incompatível com a proteção constitucional de outros direitos ou valores (ANDRADE, 2012, p. 269).

*exigência de fundamentação uma série de atos que inegavelmente restringem direitos”*(SILVA, 2010, p. 125).

Sobre os argumentos lançados pelos autores, cabe de início considerar que existem diversas teorias que se aproveitam do modelo restrito do âmbito de proteção e que não necessariamente compartilham entre si a forma de delimitação das áreas protegidas pelos direitos fundamentais. O certo, contudo, é que o tão só fato de optar por um modelo reduzido do âmbito de proteção não significa aceitar reduções intuitivas ou arbitrárias, pelo contrário. A delimitação do rol de condutas protegidas dependerá sempre de um esforço argumentativo, o que poderá ser realizado pela via interpretativa ou não. Em outros termos, não há incompatibilidade entre interpretação e imposição de limites ao âmbito de proteção.

Também não há qualquer impedimento para que a interpretação voltada para a delimitação do âmbito de proteção seja feita com base na Constituição, pelo menos não quando se trata de constituições como a brasileira de 1988, a alemã de 1949 e a portuguesa de 1976, que contem em seu texto comandos limitadores expressos. Aliás, entende-se que a argumentação constitucional não só é compatível com a imposição de limites para o âmbito de proteção dos direitos fundamentais, como é necessária. A refutação do texto constitucional como elemento essencial de interpretação significa a rejeição de sua força normativa.

Estas razões solucionam a questão posta por Borowski, contudo, a contribuição de Virgílio torna a crítica mais densa, porque ataca uma consequência verdadeira da opção pelo modelo restrito. O autor aponta e é fato que a delimitação em abstrato do âmbito de proteção dos direitos fundamentais exige menor fundamentação em concreto naquelas situações em que se puder constatar que a conduta para a qual se reclama proteção não está protegida pelo direito fundamental, contudo, como dito acima, tal exclusão não se dá sem razão e sua motivação, necessariamente, deverá constar do parecer emanado pelo tribunal que decidir a questão.

Ainda assim, seria possível dizer que o prejuízo aventado por Virgílio decorre do fato de a interpretação em abstrato não considerar as circunstâncias do caso concreto, o que significaria ignorar a pertinência da realidade e do contexto para o processo de interpretação constitucional. Todavia, conforme se verá adiante<sup>89</sup>, é possível – e necessário na posição sustentada nesse trabalho – que o processo

---

<sup>89</sup>Conforme tópicos 3.2.3. e 3.2.4.

interpretativo utilizado para conduzir a solução de casos que envolvam direitos fundamentais, tendo como base a teoria restrita, contemple os dados objetivos da situação em concreto, os quais, em processos interpretativos como a ponderação são misturados com dados subjetivos oriundos da observação do interprete, tornando o método invariavelmente arbitrário.

Um segundo questionamento diz que é perigosa a exclusão, *a priori*, do âmbito de proteção do direito fundamental de condutas que, diante das circunstâncias de determinado caso concreto poderiam ser justificadas (BOROWSKI, 2003, pos. 1205). Essa crítica somente se justificaria, no entanto, caso fosse necessário entender o âmbito de proteção restrito como um elemento jurídico engessado, impassível de remodelação no tempo. Caso os pressupostos básicos da teoria restrita exigissem tal congelamento dos limites, a ponto deles não sofrerem abalos com as alterações percebidas no tecido social sobre o qual se impõem, por certo que tais fronteiras se tornariam um estorvo. Isso porque, condutas reconhecidamente passíveis de proteção num contexto atual poderiam estar excluídas da proteção em face de concepções envelhecidas<sup>90</sup>.

Porém, se a dinâmica das limitações do âmbito de proteção permitir um remodelamento dos limites no tempo, então o risco de exclusão de condutas reconhecidas majoritariamente como passíveis de proteção é praticamente nulo. Fora dessas situações, o risco de não-proteção de condutas é algo que decorre da natureza normativa do direito e é modelado pelas opções políticas realizadas legitimamente pelo legislador. Não faz sentido lamentar, como faz Borowski (BOROWSKI, 2003, pos. 1205), pelo fato de a teoria restrita não prever justificação constitucional em concreto para a não-proteção de condutas como o roubo, sobre as quais o próprio autor afirma que a proteção definitiva seria absurda.

Ademais, a conjunção entre âmbito de proteção amplo e ponderação defendida por Borowski, significa apenas a transposição das referidas opções políticas da mão do legislativo, para as mãos do judiciário, o que não representa necessariamente uma vantagem. Por mais pareça frutífero nutrir a ilusão de que um direito dos juízes resulta num direito mais dinâmico e menos conservador em relação ao direito

---

<sup>90</sup> Nesse sentido, o reconhecimento, pelo Supremo Tribunal Federal, das relações de união estável homoafetiva no julgamento da ADPF nº. 132, que será analisado com maior ênfase no tópico 3.2.3.

dos legisladores, é impossível fazer esta afirmação de forma genérica, principalmente se o poder judiciário tiver à sua disposição um instrumento de interpretação que legitima o amplo arbítrio do julgador, como a ponderação. A transformação do legislador Midas<sup>91</sup> em juiz Hércules<sup>92</sup> significa apenas a transferência de um poder quase absoluto de um grupo de indivíduos políticos para outro, ou seja, o direito continua a cair na cabeça dos cidadãos vindo alto sob a justificativa de que está bem guardado nos braços de um grupo de pessoas capazes de enxergar o verdadeiro direito.

Assim, o incentivo ao dinamismo da interpretação constitucional parece mais frutífero a partir do pressuposto neoconstitucionalista que reclama uma interpretação jurídica constitucionalizada capaz de aproveitar a normatividade particular da Constituição, construída a partir de figuras semânticas abertas, como forma de corrigir as velharias do direito dos juízes e dos legisladores. Isto não significa abandonar a força da lei ou das decisões judiciais, mas dissolver o poder que representa a criação do direito, incluindo aí a possibilidade de absorção, no processo criador, de elementos não jurídicos, a partir da estrutura aberta dos enunciados normativos dos direitos fundamentais.

Não obstante, Virgílio reforça a segunda crítica a partir de uma análise sobre o caso Gerald Thomas decidido pela segunda turma do Supremo Tribunal Federal no ano de 2004. A questão posta ao Tribunal era o do indiciamento promovido pelo Ministério Público em desfavor do diretor de teatro Gerald Thomas por suposta prática de ato obsceno,

---

<sup>91</sup> Paolo Grossi ao escrever sobre o projeto jurídico do jacobinismo pós-revolucionário faz crítica direta à concentração do poder de criação do direito nas mãos do legislador, o qual, segunda a crença iluminista seria capaz de transformar as conturbadas relações sociais em relações ordenadas por intermédio da lei, como se tivesse o poder de Midas de transformar tudo que toca em ouro (GROSSI, 2007, p. 130-131).

<sup>92</sup> O juiz Hércules é de Dworkin, contudo, a expressão mais evidente do que ele representa e da tomada, por ele, do poder criador do direito é dada por Sanchís: *“Em suma, la técnica de los principios es aplicable siempre, y no sólo en presencia de enunciados normativos dotados de ciertas características, porque siempre está al alcance del juez transformar en principios las reglas que sententan la posición de cada parte. Por ello, no sé si será exagerado decir que los principios convierten a los jueces en los señores del Derecho, aunque tampoco parece casual, y es sólo um ejemplo, que el Hércules de Dworkin sea um juez y no um legislador.”* (SANCHÍS, 1996, p. 47)

crime previsto no artigo 233 do Código Penal brasileiro<sup>93</sup>. Segundo descreveu o relator do caso, Ministro Carlos Velloso, a denúncia se deu porque, ao término da apresentação do espetáculo ‘Tristão e Isolda’, dirigido por Thomas no Teatro Municipal do Rio de Janeiro, após receber vaias e xingamentos, o diretor teria simulado uma masturbação e, em ato contínuo, exibido as nádegas para os expectadores (STF, HC83996, 2004). Em seu julgamento, a Turma decidiu pela concessão do Habeas Corpus e o consequente trancamento da ação penal, por entender que a conduta de Thomas foi atípica.

O constitucionalista brasileiro argumenta que o uso de técnicas e argumentos de restrição como a regra enunciada em alguns julgados do STF, segundo a qual “os direitos fundamentais não podem servir de proteção para condutas imorais ou ilícitas”, excluiriam a possibilidade de o judiciário decidir tomando em consideração as circunstâncias do caso concreto, como feito pelo próprio STF no caso Gerald Thomas (SILVA, 2010, p. 99). Porém, cabe observar uma vez mais que tal crítica não se dirige ao modelo restritivo, mas a algumas técnicas utilizadas por alguns de seus adeptos. Da mesma forma que foi possível analisar os elementos do caso concreto para especificar a conduta do diretor, a ponto de se poder dizer que ela não pertence ao suporte fático da norma do artigo 233 do Código Penal, é concebível fazer o mesmo em relação aos direitos fundamentais, sem que se tenha que apelar para a ampliação do âmbito de proteção.

A especificação da conduta não é o que a coloca no interior da área protegida pelo direito fundamental, é o que permite ao interprete verificar se lá já estava ou não. É de perceber, pois, que o processo de interpretação que inclua a especificação da conduta como parte de seu funcionamento, muito embora tome em consideração as circunstâncias do caso concreto, não tem nada a ver com o alargamento da área protegida pelo direito. Isso, pois não se trata de dizer que uma mesma conduta pode, ao mesmo tempo, ter potencial para ser lícita ou não, mas afirmar se a conduta revestida de determinadas características pertence ou não ao âmbito de proteção.

Entende-se, pois que as críticas dirigidas ao modelo de restrito para o âmbito de proteção dos direitos fundamentais por Borowski e Virgílio Afonso da Silva não são suficientes para recomendar a sua não adoção. Ao contrário, pode-se compreender com a análise dos

---

<sup>93</sup> Art. 233 - Praticar ato obsceno em lugar público, ou aberto ou exposto ao público: Pena - detenção, de três meses a um ano, ou multa.

argumentos lançados pelos defensores da teoria ampla que o modelo restrito pode contemplar algo que se considera de positivo na concepção alargada, a consideração das circunstâncias do caso concreto, o que reforça ainda mais a convicção sobre a escolha feita neste trabalho.

### 3.2.3. Definição do âmbito de regulação

Segundo as definições de Bodo Pieroth e Bernhard Schlink, o âmbito de proteção “*é o domínio da vida protegido pelos direitos fundamentais*”, enquanto o âmbito de regulação vem a ser o “*o domínio da vida a que se aplica o direito fundamental e em que só ele vem determinar o âmbito de proteção*” (PIEROTH; SCHILINK, 2012, §214). Aceitos esses conceitos, tem-se que o âmbito de proteção é um recorte do âmbito de regulação feito com base no conteúdo normativo do direito fundamental (DIMOULIS; MARTINS, 2011, p. 133). Assim, antes de determinar os contornos da área protegida, é preciso compreender até onde podem se estender os limites de proteção, ou seja, dar as fronteiras do âmbito de regulação ou, nos termos de Vieira de Andrade, designar os limites que resultam da especificidade do bem jurídico que cada direito fundamental visa proteger (ANDRADE, 2012, p. 271).

Esta não é uma tarefa simples, não se trata de apenas amontoar tudo o quanto “*tiver a ver*” com o bem objeto do direito fundamental, mas de interpretar, segundo análise que não é só jurídica, quais condutas, estados e posições possuem uma relação semântica com este bem no contexto social e constitucional em que se aplica a norma. A tarefa, então, não se resume a avaliar quais os contornos semânticos a jurisprudência e a doutrina tem tradicionalmente conferido a bens como a vida, a privacidade, a honra, a crença religiosa ou a arte, mas também de saber se a visão vista nos livros e nos acórdãos não se tornou antiquada e se não atenta contra a própria Constituição. Para isso, são fundamentais tanto as análises não jurídicas como as oriundas, por exemplo, da sociologia, psicologia e antropologia, quanto as jurídicas concentradas, principalmente, na compreensão dos princípios constitucionais fundamentais.

A justificativa é simples, os contornos semânticos dos bens não são estanques no tempo e no espaço, as figuras que caracterizavam a honra no século XIX, não mais as representavam com fidelidade no século seguinte e certamente não as representam hoje, assim como o conceito de honra vigente em nações orientais como o Japão, não se amolda com perfeição ao que se entende sobre o mesmo bem no

ocidente. A privacidade, por exemplo, sequer era entendida como um bem autônomo no século XVIII norte-americano, o que somente se alterou quando a invasão dos assuntos privados passou a ser um incômodo para determinados seguimentos da sociedade estadunidense do século XIX (MOORE, 2003, p. 215) (PROSSER, 1960, p. 384). Ao mesmo tempo, a Constituição tem como uma de seus papéis históricos a prospectividade, atuando de forma ativa no seio social como garante de rompimentos sociais, políticos e culturais. Deste modo, caso o interprete dos direitos fundamentais se furte de avaliar qual o significado, no tempo, no espaço e na Constituição, dos bens por eles protegidos, corre um sério risco de chegar a uma conclusão estrangeira e/ou anacrônica.

Uma solução intuitiva – *e (ou porque) positivista* – para a definição do âmbito de regulação seria o recurso à lei, porém, este instrumento deve ser rejeitado, pois na medida em que se concebe a Constituição como baliza do instrumento legislativo, não se deve admitir que a lei possa dizer até onde vai o seu alcance normativo. Por este motivo, quando a lei pretender reduzir o conceito de determinado bem protegido pelos direitos constitucionais, deve sempre ser encarada como potencial intervenção no âmbito de proteção e não como limitadora do âmbito de regulação. Será considerada restrição, e dela se exigirá justificação constitucional, caso se possa dizer, mediante interpretação da Constituição, que a conduta, estado ou posição jurídica que a lei pretende desproteger pertence, de fato, ao âmbito de proteção, caso contrário deverá ser tida como reforço aos limites desta área protegida.

Com a delimitação do âmbito de regulação não se quer definir o que o direito deve proteger, mas o que pode vir a ser protegido. Por isso também, a definição do âmbito de regulação não é matéria legislativa. Não há, por exemplo, qualquer absurdo em dizer que uma passeata apologista ao nazismo se constitua como forma de expressão, contudo, há um sério problema em afirmar que tal manifestação pertence ao âmbito de proteção do direito à liberdade de expressão. Evitar a confusão entre o que a Constituição poderia ter protegido e o que ela, de fato, pretendeu proteger é uma das vantagens da limitação do âmbito do âmbito de proteção.

Exemplo destacável de delimitação do âmbito de regulação, conforme o contexto histórico e constitucional e de delimitação do âmbito de proteção mediante interpretação sistemática, na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal é a decisão tomada pela Corte no julgamento da Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental -

ADPF nº. 132<sup>94</sup>, onde se questionara reiteradas decisões de tribunais estaduais em desfavor do reconhecimento da união estável homoafetiva. No voto condutor do acórdão, de lavra do então Ministro Carlos Ayres Britto, ficou expresso que o conceito de família acolhido pela Constituição no artigo 226<sup>95</sup> deve receber uma dilatação, a fim de que comporte todos os seus significados culturais:

Até porque esse núcleo familiar é o principal locus de concreção dos direitos fundamentais que a própria Constituição designa por “intimidade e vida privada” (inciso X do art.5º), além de, já numa dimensão de moradia, se constituir no asilo “inviolável do indivíduo”, consoante dicção do inciso XI desse mesmo artigo constitucional. O que responde pela transformação de anônimas casas em personalizados lares, sem o que não se tem um igualmente personalizado pedaço de chão no mundo. E sendo assim a mais natural das coletividades humanas ou o apogeu da integração comunitária, a família teria mesmo que receber a mais dilatada conceituação jurídica e a mais extensa rede de proteção constitucional. Em rigor, uma palavra-gênero, insuscetível de antecipado fechamento conceitual das espécies em que pode culturalmente se desdobrar. (STF, ADPF 132, 2011)

A mera possibilidade de ampliação conceitual proposta por Britto no trecho citado seria um problema para concepções menos afetas ao poder normativo da Constituição, porém, o que por ora interessa é a vinculação do conceito de família a um limite cultural, que permitiu reconhecer a possibilidade de proteção constitucional de uma situação rechaçada pelas abordagens jurídicas tradicionais, fundadas principalmente na interpretação literal (gramatical) ou na determinação semântica dos valores pela via legal<sup>96</sup>. A partir deste reconhecimento, a

---

<sup>94</sup> Os votos podem ser lidos na íntegra em:

<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=628633>

<sup>95</sup> Art. 226. A família, base da sociedade, tem especial proteção do Estado.

<sup>96</sup> Lembra-se que tanto a Constituição (art. 226, §3º), quanto o Código Civil (art. 1.514 e 1.723) e a Lei da União Estável (nº. 9.728/96) (art. 1º), reduzem o conceito de família ao prescreverem que o casamento se dá entre homem e mulher e a união estável com a convivência duradoura, pública e contínua, de um homem e uma mulher.



tarefa do Tribunal passou a ser primordialmente jurídica<sup>97</sup>, no sentido de verificar se a forma de família representada pela união estável homoafetiva está no âmbito de proteção do direito à família.

### 3.2.4. Definição do âmbito de proteção

*“Em primeiro lugar, os direitos fundamentais têm os seus limites imanentes, isto é, as fronteiras definidas pela própria Constituição que os cria ou recria (mesmo quando os recebe)”* (ANDRADE, 2012, p. 271). A frase de Vieira de Andrade exprime bem a tarefa do interprete diante da aplicação do modelo restrito do âmbito de proteção, que é a de buscar na Constituição os limites da área protegida pelos direitos fundamentais, para que possa dizer se determinada conduta merece ou não a proteção do direito. Esta busca só pode ser feita mediante interpretação, o que, contudo nem sempre é uma tarefa simples, principalmente quando o resguardo de determinada situação afeta o âmbito de regulação de outro direito fundamental (ANDRADE, 2012, p. 273).

Na concepção ampla do âmbito de proteção, a situação de sobreposição dos âmbitos de regulação é considerada colisão entre direitos fundamentais, haja vista a inexistência de diferença entre este âmbito e o âmbito de proteção. Porém, para a teoria restrita, como já salientado em momento anterior, antes que se possa classificar este choque como conflito de direitos é preciso constatar com exatidão quais condutas pertencem ao âmbito de proteção dos direitos em questão(PIEROTH, SCHLINK, 2012, §343)<sup>98</sup>. Esta limitação prévia revelará, em muitos casos, que a colisão entre âmbitos de regulação não significa conflito entre âmbitos de proteção.

O problema que se coloca, então, é o de como operar a limitação do âmbito de proteção dos direitos fundamentais. A esta questão, as respostas são diversas, Friedrich Müller, por exemplo, baseia o processo de delimitação na ideia de especificidade, explicada por Virgílio Afonso da Silva em seu sentido negativo, nos seguintes termos: *“Não-específica*

---

<sup>97</sup> José Carlos Vieira de Andrade distingue as fases interpretativas de delimitação do âmbito de regulação e do âmbito de proteção como fase material e jurídica respectivamente (ANDRADE, 2012, p. 272). Entende-se que com razão, afinal o sentido normativo do texto somente se dá a partir da delimitação do âmbito de proteção.

<sup>98</sup> No mesmo sentido Dimitri Dimoulis e Leonardo Martins (DIMOULIS; MARTINS, 2011, p. 133).

– ou não típica – é a ação que pode ser, sem perdas para o exercício típico de um direito fundamental, substituída por outra, que, nesse caso, seria típica (ou específica)” (SILVA, 2010, p. 88)<sup>99</sup>. Esta estratégia se soma a muitas outras que poderiam ser destacadas, todavia, a que nos parece mais próxima do ideal é aquela defendida por Bodo Pieroth e Bernhard Schlink<sup>100</sup> – e em grande medida também por José Carlos Vieira de Andrade<sup>101</sup> –, reafirmada e aprimorada entre nós por Leonardo Martins e Dimitri Dimoulis<sup>102</sup>. Trata-se de identificar as limitações do âmbito de proteção dos direitos fundamentais mediante a utilização dos cânones clássicos da hermenêutica jurídica, a partir do texto, da história, da gênese e de sua posição sistemática (PIEROTH; SCHILINK, 2012, §243).

Esta opção se deve ao fato de não se encontrar razão para abandonar as formas usuais de interpretação jurídica diante do texto constitucional e da necessidade de buscar na própria Constituição a fundamentação para a limitação do âmbito de proteção dos direitos fundamentais. Realizar interpretação constitucional mediante argumentos estranhos à Constituição, como sugerem os adeptos da ponderação – *pelo critério da dimensão de peso* – ou os filiados à posição de Müller – *pelo critério de especificidade* –, não parece razoável do ponto de vista lógico, tampouco adequado do ponto de vista da teoria constitucional – *em seu viés neoconstitucionalista* –, porque limita a força ordenadora da Constituição.

A interpretação da Constituição pelos métodos clássicos, com ênfase no viés sistemático, que aqui assume as vestes de sistêmico, permite delimitar o âmbito de proteção dos direitos fundamentais com base na expressão da Constituição como um todo orgânico, com a decorrente vantagem de que toda a fundamentação deste processo deve

---

<sup>99</sup> O exemplo utilizado por Virgílio é o do cientista que deseja divulgar suas teses em cartazes fixados em prédios públicos, conduta que poderia ser substituída sem prejuízos para o direito à liberdade científica, pela publicação do material em revistas especializadas. A primeira conduta não seria típica ou específica, haja vista que pode ser substituída pela segunda, típica ou específica. (SILVA, 2010, p. 88)

<sup>100</sup> PIEROTH, Bodo; SCHLINK, Bernhard. *Direitos fundamentais*. São Paulo: Saraiva, 2012.

<sup>101</sup> ANDRADE, José Carlos Vieira de. *Os direitos fundamentais na Constituição portuguesa de 1976*, 5ª ed.. Lisboa: Almedina, 2012.

<sup>102</sup> DIMOULIS, Dimitri; MARTINS, Leonardo. *Teoria geral dos direitos fundamentais*, 3ª ed.. São Paulo: RT, 2011.

ser elaborada em nível constitucional e pode ser confrontada por meio destes termos, algo que não é possível na ponderação ou em qualquer outro método centrado em avaliações extra-constitucionais. Antes, porém, de proceder à análise da aplicação dos métodos interpretativos, entende-se necessário discorrer sobre algumas peculiaridades do âmbito de proteção dos direitos fundamentais e da relação entre estes direitos, a fim de que não se perca sua potencialidade normativa e sua dinamicidade durante a interpretação.

### 3.2.4.1. A proteção “*em face de*”

O primeiro ponto importante a compreender é que a limitação do âmbito de proteção nem sempre determina apenas quais condutas, estados ou posições jurídicas são protegidas pelo direito fundamental, mas também em face do que elas estão protegidas (PIEROTH; SCHLINK, 2012, §249). Os limites dos direitos fundamentais, em especial os de imunidade<sup>103</sup>, como a preservação da honra ou da vida, por exemplo, são essencialmente determinados pelas condutas que o violam, pois a concretização do direito não se dá (não somente, pelo menos) por um exercício ligado ao bem jurídico protegido, mas pela defesa em face das máculas que podem ser impostas a ele. A efetiva proteção da vida ou da honra não depende somente das hipóteses passíveis de ser consideradas como exercício do direito mediante ação ou omissão, tal determinação será inútil caso não seja possível dizer em quais situações inexistente proteção para a interferência nos bens jurídicos protegidos. Se o interprete não puder dizer que o direito à honra protege o sujeito em face de situações humilhantes, então não há porque enunciar um direito protetor deste bem jurídico.

Desta questão surge o problema, tratado por Ferrajoli, da interação entre os âmbitos de regulação dos direitos de imunidade e dos direitos de liberdade ativa, os primeiros entendidos como aqueles que se consubstanciam numa expectativa negativa de não lesão e os demais, como aqueles cuja concretização depende de um agir (positivo ou negativo)<sup>104</sup>. De acordo com o autor italiano, sempre que houver choque entre os âmbitos de regulação desses direitos, haverá a limitação dos segundos pelos primeiros (FERRAJOLI, 2006, p. 85-86), ou seja, o

---

<sup>103</sup> O termo é de Ferrajoli (FERRAJOLI, 2006, p. 85).

<sup>104</sup> Segundo essa concepção são direitos de defesa, dentre outros, a vida, a honra, a privacidade, a identidade e a imagem e direitos de liberdade, a liberdade de expressão, a liberdade artística e a liberdade profissional.

âmbito de proteção dos direitos fundamentais de imunidade resguardam seus titulares em face de condutas que pertencem ao âmbito de regulação dos direitos fundamentais de liberdade ativa, quando esta conduta representar interferência no bem jurídico protegido pela imunidade.

A proposição de Ferrajoli deve ser acolhida com ressalvas, sempre como consequência da interpretação sistemática da Constituição e sob a exigência de rigorosa especificação das condutas que se pretende incluir ou excluir das áreas protegidas dos direitos fundamentais de liberdade ativa. É verdade que não há, em geral, sentido lógico em proteger um bem jurídico em face de lesões, ao mesmo tempo em que se convalidam condutas lesivas, porém, é possível que a Constituição preveja, em casos específicos, a sobreposição de direitos de liberdade ativa sobre direitos de imunidade ou ainda que haja justificativa igualmente constitucional para intervenções do mesmo gênero, motivo pelo qual não é possível falar em uma limitação plena e automática de todas as liberdades em face das imunidades.

Além disso, verificar a existência de uma lesão e a relação de causa e efeito existente entre o prejuízo para o bem imune e a conduta inserida no âmbito de regulação de um direito de liberdade, é uma tarefa que não admite generalidades. Não é possível afirmar genericamente que a liberdade de expressão é violadora da honra e, portanto, limitada por ela ou que a liberdade de imprensa atenta contra a privacidade e, por isso, tem seu âmbito de proteção definido pelos contornos do direito à privacidade. No mesmo sentido, não é adequado sustentar, de forma genérica, que a criação de charges com a figura de pessoas não está contida no âmbito de proteção do direito de liberdade artística, sob a suposição de que qualquer charge viola a honra dos retratados. Nestes casos, a conclusão sobre a exclusão de uma conduta do âmbito de proteção de um direito fundamental de liberdade ativa depende de sua especificação, pois somente com o detalhamento será possível verificar se ela realmente afeta uma ação, estado ou posição jurídica protegida por um direito fundamental de imunidade.

#### *3.2.4.2. Especificação de condutas*

A importância da especificação das condutas para a delimitação do âmbito de proteção dos direitos fundamentais da forma como se propõe aqui não deve ser confundida com a função do mesmo processo na ponderação ou em outras formas de argumentação como a enunciada por Klaus Günther (GÜNTHER, 2011). Nestas, diante de duas ou mais

normas aplicáveis *prima facie*, o interprete deve escolher a mais adequada para o caso com base nos elementos particulares da situação em análise, ou seja, é a impressão do interprete sobre o caso que determina o direito. Não é o que se pretende aqui, pois como já afirmado por diversas vezes, a decisão sobre direitos fundamentais deve ser tomada com base em argumentos da Constituição.

Nesta proposta, a especificação, que tem como limites os dados objetivos do caso concreto, possui, por sua vez, o papel de revelar se a conduta contra a qual se invoca a proteção realmente tem o potencial de atingir posições ou estados protegidos ou ainda impedir a realização de condutas resguardadas pelo âmbito de proteção do direito fundamental que se alega violado<sup>105</sup>. Assim, antes de olhar para a conduta, o interprete precisa analisar a Constituição de forma sistemática, a fim de verificar se existe alguma exclusão de proteção em relação à dimensão do âmbito de regulação, para então verificar se a conduta especificada no caso concreto atinge a área protegida. Na hipótese de atingir, a norma é aplicável, caso contrário não, ou seja, a Constituição indica as situações de incidência do direito fundamental, ao interprete cabe apenas verificar se elas ocorreram ou não no caso concreto, não havendo que se recorrer à suposta aplicabilidade de outras normas ou a juízos de comparação.

### 3.2.4.3. *Liberdades negativas*

Outro item importante para a questão da delimitação do âmbito de proteção diz respeito à proteção de omissões. Quando se fala em proteção de conduta, deve-se compreender a possibilidade de que os direitos fundamentais possam proteger não só condutas positivas, com também negativas (PIEROTH; SCHLINK, 2012, § 216). Haverá casos nos quais o exercício de uma determinada liberdade se perfaz pela

---

<sup>105</sup> Já se comentou em outro momento sobre os exemplos utilizados por Virgílio Afonso da Silva para criticar a restrição do âmbito de proteção, como o do trompetista que resolve ensaiar durante a madrugada no seu apartamento. Segundo o Autor, para os adeptos da teoria restrita esta conduta poderia estar excluída do âmbito de proteção do direito à liberdade artística porque afeta o sono dos vizinhos, o que seria um problema, pois no caso de o trompetista possuir tratamento acústico no apartamento não poderia invocar a liberdade artística para criar canções de madrugada. Contudo, a necessidade de especificar as condutas resolve todo o problema, pois após ter ficado claro que, por conta do tratamento acústico, o som audível fora do apartamento não afeta o sono dos vizinhos, não será possível justificar a inclusão da conduta do trompetista no âmbito de proteção do direito ao descanso noturno.

ausência do agir, como ocorre, com aquele que deseja manifestar-se pelo silêncio ou que se abstém de propagar suas crenças religiosas exatamente por uma convicção religiosa. Nestes casos, que não devem ser confundidos com renúncia de direitos, a proteção deve ser dirigida contra o ato que pretenda obrigar o titular do direito a agir de outra forma.

Dimoulis e Martins afirmam, inclusive, que o exercício negativo só não é possível quando a Constituição determinar o contrário, tal qual ocorre com relação ao direito ao voto, de exercício obrigatório para os maiores de 18 anos. Os autores incluem ainda o suicídio como exemplo de exercício negativo do direito fundamental à vida, haja vista a inexistência, na Constituição brasileira, de vedação ao exercício negativo, motivo pelo qual a matéria estaria mal regulada pela legislação infraconstitucional brasileira (DIMOULIS, MARTINS, 2011, p. 134-135). Deve-se concordar com a ideia dos autores, ainda que os exemplos utilizados não sejam os melhores<sup>106</sup>, em atenção ao pressuposto que se vem defendendo, segundo o qual a limitação do âmbito de proteção só pode ser feita com base na Constituição.

#### *3.2.4.4. Utilização dos métodos clássicos de interpretação*

Aderiu-se a proposta de Pieroth e Schlink, segundo a qual delimitação do âmbito de proteção dos direitos fundamentais deve ser feita mediante o uso dos instrumentos clássicos da hermenêutica jurídica, as interpretações sistemática, gramatical (o texto), histórica e genética (PIEROTH; SCHLINK, 2012, §243). Porém, observa-se que no próprio trabalho da dupla alemã, assim como na doutrina de outros autores que se filiam a um modo de pensar semelhante, como José Carlos Vieira de Andrade em Portugal (VIERA DE ANDRADE, 2012) e Dimitri Dimoulis e Leonardo Martins no Brasil (DIMOULIS; MARTINS, 2011), existe uma ênfase na aplicação dos vieses gramaticais e sistemático em relação aos demais métodos.

---

<sup>106</sup> Muito embora o voto seja obrigatório, ele deve ser entendido como o direito de eleger um representante, ou seja, o direito não se consubstancia no simples ir às urnas, mas na possibilidade de participação efetiva no processo de eleição o que pressupõe a escolha de algum candidato, algo a que ninguém é obrigado, dada a possibilidade do voto em branco ou mesmo da anulação do voto, que se poderia classificar como formas de exercício negativo. Já sobre o suicídio, entende-se que não se trata de um exercício negativo, mas de renúncia, pois ao tirar a própria vida, a consequência para o sujeito é a morte e não a afirmação do bem jurídico protegido, como ocorre no exemplo da manifestação silenciosa.

De acordo com os alemães, muitas vezes o âmbito de proteção de um direito fundamental não pode ser determinado de forma isolada, mas apenas numa “*visão sistemática de conjunto com outros direitos fundamentais e demais disposições constitucionais*” (PIEROTH; SCHLINK, 2012, §246). Para Vieira de Andrade, os limites do direito fundamental podem vir expressos no próprio preceito normativo, em preceitos contidos em outros dispositivos ou ainda implícitos, a serem determinados por interpretação segundo o contexto global das normas constitucionais (ANDRADE, 2012, p. 272-273 e 276). Já para Dimoulis e Martins, as principais ferramentas para decidir sobre conflitos entre direitos fundamentais são, no que diz respeito ao que se entende neste trabalho por limitação, a interpretação sistemática e, no que é pertinente ao que se denominou restrição, o princípio da proporcionalidade (DIMOULIS; MARTINS, 2011, p. 162).

Com base nestas proposições, têm-se, então, duas situações distinguíveis, a primeira onde o limite do âmbito de proteção está expresso e contido no preceito relativo ao direito fundamental, como ocorre na Constituição brasileira com o direito de reunião (Art. 5º, XVI<sup>107</sup>), que não comporta os encontros armados, e outra quando os limites são identificados em outras disposições constitucionais ou mesmo nas entrelinhas do texto, em razão da combinação de normas constitucionais, a exemplo do disposto no artigo 220<sup>108</sup> que remete “*ao disposto na Constituição*” a possibilidade de restrição do direito à liberdade de comunicação (MENDES, 1994, p. 298).

Para a completa compreensão das primeiras situações, em reduzidas vezes, bastará a interpretação gramatical, porém, na maior parte das ocasiões, o sentido semântico do preceito somente poderá ser obtido mediante a análise de outras disposições, incorrendo-se, pois na interpretação sistemática. As demais situações, por sua vez, são típicos casos de aplicação deste método, pois as conclusões são sempre obtidas mediante a análise conjunta das disposições, tomando em consideração as relações de causa e efeito provocadas pelas interações semânticas e normativas entre os preceitos. Desta forma, os métodos interpretativos

---

<sup>107</sup> Art. 5º, XVI, CRFB/88 - Todos podem reunir-se pacificamente, sem armas, em locais abertos ao público, independentemente de autorização, desde que não frustrem outra reunião anteriormente convocada para o mesmo local, sendo apenas exigido prévio aviso à autoridade competente.

<sup>108</sup> Art. 220, CRFB/88 - A manifestação do pensamento, a criação, a expressão e a informação, sob qualquer forma, processo ou veículo não sofrerão qualquer restrição, observado o disposto nesta Constituição.

gramatical, histórico e genético tem o espaço de atuação reduzido, servindo os primeiros como suporte – às vezes *ponto de partida* – e o terceiro apenas como referência em caso de inconsistência na aplicação dos métodos sistemático e literal.

A razão para a prevalência da interpretação sistemática decorre de três imperativos já abordados neste trabalho: a) *a necessidade de interpretar os direitos fundamentais com base na Constituição*; b) *o princípio da unidade constitucional*; e c) *a dinamicidade normativa constitucional*. Este elenco pode ser expresso na proposição de Pietro Merola Chierchia, citada por Barroso, segundo a qual a essencialidade da investigação sistemática na interpretação constitucional decorre “*da lógica particular segundo a qual a Constituição é estruturada como complexo orgânico de disposições que se apresentam, em seu conjunto, como uma unidade*” (BARROSO, 2006, p. 129). A ideia de conceber a Constituição como um todo orgânico traz consigo a percepção de que ela constitui um sistema dinâmico que determina a forma de organização de seus elementos constitutivos, de forma que os métodos interpretativos empregados devem ser capazes de realizar sua leitura nesse nível de complexidade.

A interpretação gramatical<sup>109</sup> não costuma dar conta destas exigências, pois considera as disposições constitucionais de modo isolado, algo contrário à ideia de que a normatividade da Constituição se impõe a partir da unidade de suas disposições<sup>110</sup>. Ademais, quando se trata dos elementos normativos indeterminados, típicos dos preceitos que enunciam direitos fundamentais, a interpretação gramatical constitui ponto de partida<sup>111</sup> – e não chegada – ao assumir apenas uma função

---

<sup>109</sup> Segundo Martin Borowski a interpretação gramatical é aquela que toma em consideração os argumentos semânticos e sintáticos, sendo os primeiros referentes ao significado das expressões utilizadas e os segundos à estrutura gramatical da disposição interpretada (BOROWSKI, 2003, pos. 868-877).

<sup>110</sup> O olhar isolado sobre um preceito que enuncie: *o bem jurídico X é protegido*, desconsiderará outro preceito que informe: *o bem jurídico Y é protegido, inclusive em face do exercício de outros direitos*. Assim, o efeito da interpretação gramatical do primeiro preceito é a anulação da força normativa do segundo preceito, o que só teria sentido caso se pudesse afirmar sua superioridade sobre o outro, algo que não também não seria possível de compreender apenas mediante o uso da interpretação gramatical.

<sup>111</sup> Sobre a ideia da interpretação gramatical como ponto de partida, discorre Luís Roberto Barroso: “*Toda interpretação jurídica deve partir do texto da norma, da revelação do conteúdo semântico das palavras. Pela interpretação gramatical – também dita textual, literal, filológica, verbal, semântica – se*



enunciativa na tarefa de delimitação do âmbito de regulação, que se resume em apontar possíveis sentidos relevantes e rejeitar os impossíveis (BARROSO, 2006, p. 122). Neste papel contribuí para a dinamicidade semântica dos preceitos, haja vista que a percepção gramatical das palavras e expressões deve incorporar elementos sociológicos, políticos, culturais e jurídicos que permitam sua atualização no tempo. Ainda assim, só será determinante dos limites do âmbito de proteção, caso inexistam disposições normativas constitucionais (expressas, tácitas ou resultantes de interpretação) capazes de rejeitar qualquer aspecto incluído nos seus limites.

A interpretação histórica é entendida como a utilização da interpretação feita com base nos precedentes das legislações constitucionais anteriores sobre o mesmo tema, como forma de determinar o sentido dos preceitos atuais (SILVA, 2010, p. 84, nota 51). Tomada esta concepção sem ressalvas, a interpretação histórica se mostra como uma fábrica de anacronismos que exige do intérprete um contínuo olhar para trás em busca dos elementos constitutivos do sentido da norma, algo que deve ser rejeitado, pois atenta contra a dinamicidade da Constituição. Contudo, sob outra orientação, o olhar histórico pode – e deve – ocupar um espaço importante no processo de interpretação. A reconstrução histórica da percepção semântica acerca dos bens jurídicos protegidos possibilita visualizar quais sentidos foram suprimidos ou agregados em que tempo ocorreram estas mudanças, o que serve de grande contributo para a definição atual do âmbito de regulação, na medida em que se revelam diversas características do conceito como seu potencial de maleabilidade<sup>112</sup>.

---

*cuida de atribuir significados aos enunciados linguísticos do texto constitucional. Na feliz formulação de Karl Larenz, ela consiste na compreensão do sentido possível das palavras, servindo esse sentido como limite da própria interpretação. A interpretação gramatical é o momento inicial do processo interpretativo. O texto da lei forma o substrato de que deve partir e em que deve repousar o intérprete”* (BARROSO, 2006, p. 119-120). E também Borowski: “*El punto de partida de toda interpretación jurídica es la literalidad de la disposición que debe ser interpretada. Las posibilidades que permitan la literalidad delimitan el ámbito dentro del cual pueden tenerse en cuenta los resultados de los demás argumentos interpretativos.*” (BOROWSKI, 2003, pos. 868).

<sup>112</sup> Um exemplo pode ser retirado do já comentado julgamento pelo STF da Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental que tratou do reconhecimento das relações de união estável homoafetiva (STF, ADPF nº. 132, 2011). Um olhar histórico sobre a evolução do conceito de família permitiu aos

O olhar histórico também pode autorizar a utilização da interpretação histórica nos moldes inicialmente apresentados, contribuindo assim para a formação do âmbito de proteção, caso aponte para a manutenção dos dados interpretativos relevantes – *incluídos a relação sistemática entre preceitos, a percepção gramatical dos preceitos e o contexto de aplicação que determina o âmbito de regulação* – entre o período regulado pela Constituição anterior e pela Constituição atual. Contudo, acredita-se que tal fenômeno seja raro, haja vista que dificilmente dois textos constitucionais ocuparão o mesmo tempo, haja vista que eles mesmos são expressões e causas determinantes de rompimentos históricos. Contudo, numa perspectiva temporal acurtada, o olhar histórico sobre as decisões pretéritas sobre preceitos constitucionais ainda vigentes pode se revelar interessante, como forma de preservação da segurança jurídica, ainda que não se deva sustar a imutabilidade da jurisprudência.

Nesta medida, a interpretação histórica, assim como a gramatical, serve de base e suporte para o desenvolvimento da interpretação sob o viés sistemático, a qual será determinante para a delimitação dos âmbitos de proteção. Ainda assim, é possível que após a aplicação dos métodos base e do método determinante, ainda restem dúvidas sobre os contornos da área protegida pelo direito fundamental, o que só pode, no entanto, ser admitido como exceção. Nesse caso, é possível buscar o recurso da interpretação genética, este reconhecido na identificação de sentidos tendo como recurso a análise dos projetos de lei, das discussões nas comissões, relatórios, debates em plenário e exposição de motivos (BARROSO, 2006, p. 124-125)<sup>113</sup>, como forma de esclarecer possíveis inconsistências na leitura constitucional, causadas por deficiências na

---

ministros visualizar que ele é extremamente dinâmico e se reconfigurou inúmeras vezes ao longo do tempo, a ponto de não ser nenhuma surpresa o fato de ter assumido uma configuração atual mais liberal e de se conceber possíveis futuras alterações de forma.

<sup>113</sup> Luís Roberto Barroso junta no bojo da interpretação histórica, a análise dos precedentes e dos trabalhos e documentos preparatórios. Contudo, conforme adverte Virgílio Afonso da Silva, com base em Müller e Alexy, deve-se afastar estas duas formas de avaliação. Adota-se a posição de Virgílio, pois se compreende que a interpretação histórica se apoia na reconstrução historiográfica do processo de interpretação, com o objetivo de apontar para a vontade do interprete histórico, enquanto a interpretação genética se restringe em avaliar o processo que culminou com a edição da norma que se pretende interpretar, a fim de revelar a vontade do legislador.

sua construção que resultem em fórmulas e institutos aparentemente incompreensíveis (BARROSO, 2006, p. 126).

Refuta-se o uso alargado da interpretação genética porque sua utilização recorrente remeteria a Constituição à figura de um barco impedido de perseguir o seu rumo por uma âncora de corrente curta cravada no solo marinho. O interprete refém da interpretação dada ao texto por outro, ainda que este outro seja o criador do texto, nada interpreta, apenas concorda. Assim como o barco definitivamente atrelado à sua âncora, o interprete amarrado pela vontade do legislador perde a razão de existir, por mais que o apoio neste argumento de autoridade lhe traga alguma segurança, como traz a âncora para o barco parado. Nesse sentido, a Constituição vinculada à vontade do legislador tem sua força normativa reduzida à possibilidade de compreensão jurídico-social de seu criador, a qual se restringe ainda mais no tempo, na medida em que o tecido jurídico-social compreendido pelo legislador se torna velho.

A aplicação determinante, pelo Supremo Tribunal Federal brasileiro, da interpretação genética para a delimitação do âmbito de proteção, fornece exemplos no mínimo questionáveis, como bem lembra Virgílio Afonso da Silva ao citar o voto do ex-Ministro Moreira Alves no julgamento do caso *Ellwanger* (SILVA, 2010, p. 84). O editor de livros e escritor Siegfried Ellwanger Castan foi condenado pela prática do crime de racismo, em vista da publicação de obras literárias cujo conteúdo, segundo a denúncia, era antissemita. Contra a decisão, foi interposto o Habeas Corpus nº. 82.424, julgado em 2003 pelo Tribunal constitucional brasileiro em desfavor de Ellwanger. Contudo, em voto vencido, o relator Moreira Alves sustentou, com base na opinião registrada de constituintes como Alberto Caó e José Lourenço, que a razão do legislador para o combate ao racismo no Brasil seria a discriminação contra os negros, motivo pelo qual tal proteção não aproveitaria aos judeus<sup>114</sup>. Neste caso, o julgador se colocou numa

---

<sup>114</sup> Colhe-se trecho do voto do ex-Ministro Moreira Alves, em que, não obstante alertar para o risco de utilizar a interpretação genética de forma anacrônica, atrela à sua decisão a posição de alguns legisladores constituintes: “*O elemento histórico – que, como no caso, é importante na interpretação da Constituição, quando ainda não há, no tempo, distância bastante para interpretação evolutiva que, por circunstâncias novas, conduza a sentido diverso do que decorre dele – converge para dar a ‘racismo’ o significado de preconceito ou de discriminação racial, mas especificamente contra a raça negra.*” (STF, HC 82.424, 2003).

redoma cercada pelos olhos dos constituintes que, por motivo ignorado, se limitaram a tratar da discriminação contra os negros. Porém, a Constituição não cabe neste cárcere.

#### *3.2.4.5. Método sistemático-teleológico ou sistêmico*

Analizadas as dimensões de importância dos métodos interpretativos gramatical, histórico e genético e visto que nenhum deles tem influência determinante para a interpretação que conduz a delimitação do âmbito de proteção dos direitos fundamentais, resta abordar o viés sistemático, o qual, como já dito, ocupa o papel principal nesta tarefa.

Savigny, um dos principais sistematizadores dos modelos clássicos de interpretação jurídica, alertava que o esforço interpretativo deveria sempre tomar em consideração inicialmente a avaliação cuidadosa do sentido de cada parte do ordenamento, como tal, ou seja, como elemento particular incorporado ao sistema. Contudo, a interpretação somente poderia se efetivar, a partir do momento em que este elemento particular fosse considerado no todo, como parte integrante do sistema ao qual influencia e pelo qual é influenciado (SAVIGNY, 2004, p. 15-22). Esta ideia pode ser considerada a base para o que se sustenta aqui, pois ainda que não exclua a apreensão do sentido isolado do preceito (o que contribui em certa medida para a delimitação do âmbito de regulação), exige que este seja apenas o ponto de partida, do qual o ponto de chegada só se pode alcançar mediante a interpretação da Constituição como um todo orgânico.

Adverte-se, no entanto, que a aplicação da interpretação sistemática tem aqui um sentido ampliado, devendo assumir o adjetivo “sistêmica”, haja vista que não tem como objetivo único realizar os esclarecimentos semânticos que a interpretação gramatical não é capaz de oferecer (evitar contradição de sentidos, complementar sentidos, etc.). No sentido que assumimos, a interpretação sistemática opera a definição efetivados limites dos âmbitos de proteção, mediante a visualização das relações de organização entre os direitos (e não entre os textos). Assim, reduz-se a importância das funções isoladas de cada preceito, em favor da compreensão, bem mais complexa, sobre a Constituição, a qual, como contexto, orienta a interpretação das partes. Aceita-se aqui a base da teoria sistêmica, descrita por Fritjof Capra como a ideia de que o todo é mais do que a soma de suas partes (CAPRA, 2012, p. 27).

Na Constituição brasileira de 1988, as relações de organização são orientadas essencialmente pelos princípios fundamentais dispostos nos artigos 1º a 4º, os quais podem ser entendidos como definidores de contexto e, nesta posição, funcionam como moduladores da interpretação constitucional. Com base nestes moduladores, seria possível, por exemplo, excluir de plano do âmbito de proteção da liberdade artística o ato em que um ator é sacrificado, por mais conexo que seja com um possível ideal impactante da peça. Isso porque, muito embora não exista uma relação de sobreposição necessária entre estes direitos, não faria sentido proteger a vida e permitir sua eliminação ao mesmo tempo, num contexto constitucional pautado pela garantia da dignidade (art. 1º, III<sup>115</sup>) e do bem de todos (art. 3º, IV<sup>116</sup>). Segundo este mesmo caminho, seria impróprio rejeitar a apreensão pelo âmbito de regulação e pelo âmbito de proteção do direito à família, especialmente naquilo que diz respeito ao seu reconhecimento como tal pelo Estado, das uniões estáveis homossexuais, quando tais relações não são estranhas ao conceito constitucional de família que deve, necessariamente, se pautar pelo imperativo de não discriminação da segunda parte do inciso IV do artigo 3º da Constituição.

O recurso aos princípios fundamentais que denotam os fundamentos e objetivos do Estado brasileiro, como orientadores de contexto numa interpretação pautada pelo argumento sistêmico conduz ao viés interpretativo teleológico, descrito por Barroso – *aproveitando do disposto no artigo 3.1. do título preliminar do Código Civil espanhol* – como o instrumento que busca o sentido da norma no seu espírito e na sua finalidade (BARROSO, 2006, p. 129). Contudo, nos termos aqui desenvolvidos, a proposta teleológica deve ser combinada com a interpretação sistemática – *por isso a referência “sistemático-teleológica”* –, servindo como referência para a análise das relações de organização entre os direitos, sempre com atenção primordial à razão da Constituição, em preferência à de seus elementos isolados. Como os signos linguísticos que caracterizam os princípios fundamentais são abertos, não são parâmetros estanques, o que permite à modulação

---

<sup>115</sup>Art. 1º A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos: III - a dignidade da pessoa humana.

<sup>116</sup>Art. 3º Constituem objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil: IV - promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação.

operada com base nestes preceitos obedecer à dinamicidade exigida da interpretação constitucional.

Com este modelo de interpretação, orientado pela interpretação que se chamou aqui de sistemático-teleológica, com suporte principal da interpretação gramatical e histórica e subsidiário da interpretação genética, acredita-se atender aos imperativos inicialmente listados como essenciais: interpretar a Constituição, conforme a Constituição, de forma dinâmica e respeitada a sua unidade. Não há motivos, pois, para abandonar este modelo em favor de propostas como a ponderação que não concebe o argumento constitucional no centro do processo interpretativo, nem atende à unidade constitucional, na medida em que o seu resultado é dependente de uma leitura comparativa das normastomadas em isolado.

### 3.3. Conclusão

Em vista do que foi apresentado ao longo deste capítulo, reitera-se a opção por uma proposta de interpretação dos direitos fundamentais que não abandone a possibilidade de restrição do âmbito de proteção dos direitos fundamentais. Mais, reforça-se a ideia de que a interpretação da Constituição deve se pautar na própria Constituição tida como um todo orgânico inserido num contexto dinâmico do qual recebe influência ao mesmo tempo em que o influencia. Refutam-se, pois, as propostas que sustentam o alargamento máximo do âmbito de proteção em favor da aplicação de métodos interpretativos operados a partir de argumentos não constitucionais que, por isso, tem como único fundamento jurídico para suas conclusões uma pretensão de correção.

A delimitação do âmbito de proteção, segundo as orientações aceitas aqui, possibilita ao interprete, num primeiro momento do esforço interpretativo, compreender a organização da Constituição de onde emerge sua prospectividade e também sua capacidade de interferência no contexto em que se insere, permite, pois, enxergar uma realidade constitucional que tem forma e propósito. Por outro lado, na concepção oposta, tem-se uma Constituição que, *a priori*, aceita tudo e, assim, nada regula e nada transforma, revelando uma fraqueza que a torna vulnerável à manipulação e a faz incapaz de concretizar posições jurídicas favoráveis no contexto em que está inserida. Esta Constituição se torna dependente da vontade do interprete que tem o poder de decidir e, por isso, está sujeita a instabilidade e, às vezes, à violência dos ventos que orientam esta vontade. É uma realidade constitucional sem querer próprio, o que é o mesmo que uma realidade não constitucional.

#### 4. RESTRIÇÕES AO ÂMBITO DE PROTEÇÃO E OS LIMITES DAS RESTRIÇÕES

Conforme visto no princípio do capítulo anterior, segundo a proposta adotada neste trabalho a definição do suporte fático dos direitos fundamentais não se encerra com a delimitação precisa do âmbito de proteção. Isso se deve à opção pela possibilidade de reconhecer restrições às posições protegidas, o que demanda novo esforço interpretativo dirigido no sentido de avaliar a constitucionalidade das restrições reconhecidas como tal. Esta escolha se apoia no modelo sustentado por Alexy e Borowski aprimorado por Virgílio Afonso da Silva – *já apresentado e aceito em momento anterior*<sup>117</sup> –, segundo o qual as restrições, bem como suas fundamentações, compõem o suporte fático juntamente com o âmbito de proteção (BOROWSKI, 2003, pos. 1170) (SILVA, 2010, p. 73-74). Assim, tem-se a conformação do suporte fático como um processo bifásico, no qual o interprete não só avalia a prescritividade do direito fundamental, como também opera a sua função de controle material da atividade legislativa.

A viabilidade das restrições é o que caracteriza a *teoria externa* sobre as limitações, este entendimento não é, contudo, objeto de consenso. Opostos à ideia de permitir restrições externas no âmbito de proteção dos direitos fundamentais, autores como Friedrich Müller<sup>118</sup> sustentam que todas as hipóteses de incidência dos direitos fundamentais são encontradas a partir da definição de seu conteúdo (SILVA, 2010, p. 87), o que se faz com recurso a análises sobre o próprio direito, algo parecido com o que aqui se tem proposto fazer para a definição do âmbito de proteção<sup>119</sup>. Nesta perspectiva – *teoria interna*

---

<sup>117</sup> Conforme tópico 3.1.

<sup>118</sup> Além dele, mas sobre uma perspectiva diferente, poderiam ser citados, por exemplo, Peter Häberle e Luigi Ferrajoli. Para o primeiro, o direito só existe onde ele foi construído por aqueles que lhe conferiram o status de instituição e pelos órgãos criados para dar forma à instituição, assim, ainda que o legislativo atue na conformação do âmbito de proteção dos direitos fundamentais, não o faz na função de “interventor”, mas na de criador. O mesmo se pode dizer sobre Ferrajoli, contudo, aponta-se que não parte do conceito de instituição para explicar os direitos fundamentais e que vê o legislador como único construtor dos limites do âmbito de proteção dos direitos fundamentais.

<sup>119</sup> Numa perspectiva simplista, para estes autores, a definição do âmbito de proteção é o suficiente para a operacionalização dos direitos fundamentais, ou seja, o âmbito de proteção tem a mesma dimensão do suporte fático.

–, o legislador ordinário não tem qualquer ingerência sobre as posições protegidas pelos direitos fundamentais, o que se justifica pela falta de razão para tanto, pois só faz sentido conceber a delimitação hermética do suporte fático de todos estes direitos, mediante sua completa harmonização.

Esta controvérsia é importante, pois tem influência direta na relação entre interpretação e atividade legislativa. A perspectiva externa, acredita-se, permite maior flexibilidade à necessária função de conformação contínua da atuação dos direitos fundamentais, operada em parte pelo Estado, pois permite negar de forma estratégica, reversível e justificável parte da proteção do direito sem que se opere sua completa supressão. Por outro lado, a perspectiva interna oferece a suposta vantagem de blindar os direitos fundamentais em face do arbítrio da atividade estatal, o que na gênese das constituições ocidentais do pós-guerra tinha razão históricaimportante, no sentido de servir como freio eficaz contra as políticas autoritárias que obtiveram grande força – *inclusive jurídica* – na Europa e na América do Sul do século XX<sup>120</sup>. Tem-se, pois num grau mais abstrato da análise, o contraponto entre

---

<sup>120</sup> A ideia de freio expressa pela blindagem constitucional dos limites dos direitos fundamentais parece decorrer do justificado receio em face da relação íntima entre o modelo de Estado autoritário, caro, por exemplo, ao fascismo e a atividade legislativa. Somente para citar um exemplo deste relacionamento próximo, aponta-se para o chamado “Código Rocco”, nome dado à legislação penal italiana vigente durante o governo fascista, concebida por Alfredo Rocco, Ministro da Justiça do governo de Benito Mussolini. Segundo Arno Dal Ri Júnior, “concepções autoritárias típicas do fascismo são facilmente perceptíveis tanto na parte geral quanto na parte especial do Código Rocco” (DAL RI Jr, Arno, 2006, p. 227, nota 505). Ainda de acordo com Arno, a concepção de Estado como entidade que tem vida própria, necessidades e fins próprios aos quais estão subordinados os interesses individuais ou coletivos, foi o que permitiu a Rocco “afirmar que o direito de punir no fascismo se diferenciava da cultura penal iluminista e da Escola clássica, no sendo ‘(...) uma graciosa concessão feita pelos indivíduos ao Estado, por si sempre mutável e revogável, tendo como próprio limite a barreira insuperável do direito natural de liberdade do indivíduo (...)’, mas ‘(...) um direito de conservação e de defesa do Estado, que nasce com o próprio, análogo ao direito de defesa do indivíduo, embora possua em relação a este substanciais diferenças, e com o escopo de assegurar e garantir as condições fundamentais e indispensáveis da vida em comum.’”. Tempo depois, em 1926, Alfredo Rocco apresentou ao Parlamento o novo conjunto de normas relativas aos crimes políticos, equiparando os opositores do regime aos criminosos comuns (DAL RI Jr, 2006, p. 231-233), a denotar o quão intensa podia ser a intervenção política autoritária sobre a legislação ordinária.



uma posição que permite a inter-relação entre o poder estatal e o poder dos direitos fundamentais e outra que suplanta o primeiro pelo segundo, de forma que a opção por uma das duas propostas não decorre de mera opção acerca da qualidade dos métodos interpretativos, mas de uma perspectiva concreta sobre a relação entre a Constituição e a atividade estatal.

Por este motivo, será importante considerar os contornos teóricos pertinentes às duas concepções sobre a possibilidade de intervenção – *teoria interna e externa* – em confronto com os traços pertinentes ao modelo de Constituição aceito neste trabalho, como forma de justificar, de forma coerente, a opção por um dos dois modelos apresentados. Somente após esta análise será possível passar a explicitar as particularidades da concepção adotada, para dar forma conclusiva à resposta do questionamento inicial: *como definir o suporte fático dos direitos fundamentais de defesa?*

#### 4.1. Teoria interna

Para explicar a ideia geral que orienta a teoria interna Virgílio Afonso da Silva se utiliza da máxima utilizada no direito francês por Planiol e Ripert, segundo a qual “*o direito cessa onde o abuso começa*” (SILVA, 2010, p. 128), mas poderia ter se valido de outra expressão, esta bastante popular entre os brasileiros: “*o direito de um termina, quando começa o do outro*”<sup>121</sup>. A utilização destes enunciados é esclarecedora, pois denota a ideia, fundamental para a teoria interna, de que os direitos são limitados de forma a compor um todo harmônico, concebendo os conjuntos normativos como o resultado final da montagem bem sucedida de um quebra-cabeça. Em suma, segundo esta orientação, o exercício de um direito só é possível até onde se pode exercer outro, ou seja, as fronteiras dos âmbitos de proteção dos direitos não se sobrepõem umas às outras.

Para a teoria interna existe desde o início apenas o direito com seu conteúdo determinado, sendo inexistente toda posição jurídica que exceda a este conteúdo (BOROWSKI, 2003, pos. 536). Em outros termos, é possível identificar de forma definitiva no direito, a partir da

---

<sup>121</sup> Possivelmente como reformulação da frase atribuída ao filósofo inglês Herbert Spencer: “*A liberdade de cada um termina onde começa a liberdade do outro*”.

declaração de seus limites imanes<sup>122</sup>, toda a sua extensão de proteção, onde será possível identificar a solução para as questões a que ele se dirige (SILVA, 2010, p. 129)<sup>123</sup>. Assim, caso se admita que um determinado conjunto normativo seja capaz de oferecer uma resposta, senão a todas, mas à maioria das controvérsias envolvendo o seu campo de regulação, os direitos dele emergentes devem ser tão extensos quanto necessário para atender a todas as demandas e tão limitados quanto preciso para não se sobrepor a outros direitos dando ensejo a respostas contraditórias para o mesmo problema. Isso porque, a solução para a sobreposição entre os direitos no caso concreto demandaria a utilização de argumentação externa ao âmbito de proteção dos direitos, elaborada, em regra, sobre o conteúdo de uma lei ou ato do poder público.

Tem-se aí, então, a forma como a teoria interna pretende operar a blindagem dos direitos fundamentais contra o arbítrio do interprete, seja ele o legislador, o administrador ou judiciário. Ao determinar que toda a solução reclamada destes direitos se resolve mediante a análise do seu próprio conteúdo – *do seu âmbito de proteção* –, os adeptos da teoria interna afastam a possibilidade de colisão e reduzem as hipóteses em que o Estado seria chamado para solucionar questões sobre os direitos fundamentais mediante interpretação baseada em argumentação alheia ao seu conteúdo<sup>124</sup>. A definição hermética e impermeável dos suportes

---

<sup>122</sup> Os limites imanes não são nada mais do que os limites do âmbito de proteção, conforme já se analisou em relação à ideia de José Carlos Vieira de Andrade (tópico 3.2.2.1.). Contudo, cabe aqui citar o conceito enunciado por Ingo Sarlet, o qual reforça esta ideia: limites imanes “consistem em fronteiras implícitas, de natureza apriorística, e que não se deixam confundir com autênticas restrições, pois estas são, em geral, compreendidas como desvantagens normativas impostas externamente aos direitos.” (SARLET. 2010, p. 388). Ressalva-se, contudo, que o ambos os conceitos nada dizem acerca da forma de delimitação destas fronteiras.

<sup>123</sup> Virgílio Afonso da Silva assevera que por representar uma proteção definitiva, os direitos limitados conforme a teoria interna sempre serão aplicados mediante subsunção (SILVA, 2010, p. 129).

<sup>124</sup> Nesse sentido é a manifestação do constitucionalista português Jorge Miranda: “*Até porque a interpretação constitucional vive paredes-meias com a política é que a máxima objectividade possível deve ter-se como um escopo fundamental, muito mais propiciada pela utilização dos instrumentos jurídicos clássicos – os quais não têm de se confundir, insista-se, com pressupostos positivistas – do que pela formulação de argumentos para problemas específicos.*” (MIRANDA, 2009, p. 324).

fáticos exige do interprete a observância irrestrita do direito, o que deveria conferir melhores garantias para a segurança jurídica.

Este objetivo é, sem dúvida, válido, porém para alcançá-lo os adeptos da teoria internaprecisam formatar um método que seja capaz não só de definir o âmbito de proteção dos direitos fundamentais, mas também de limitá-los de forma que componham um conjunto normativo harmônico. Imbuída deste objetivo estaria, por exemplo, a proposta de Ferrajoli que reconhece no que chama de “*estrutura escalonada dos ordenamentos complexos*” uma série de limitações lógicas como a limitação dos direitos de liberdade ativa pelos direitos de imunidade e outras de cunho interpretativo oriundas da aplicação da interpretação sistemática (FERRAJOLI, 2006, 83-91). Ferrajoli não chega a negar a existência de conflitos, mas entende que a maioria deles é solucionada mediante a declaração de limites.

De mesmo norte seria, segundo a análise de Virgílio Afonso da Silva, a teoria de Friedrich Müller. Conforme sua descrição, o autor alemão rejeita a possibilidade de restrições por considera-las externas ao direito e defende que a interpretação do “*programa da norma*” seria suficiente para definir o conteúdo e os limites dos direitos fundamentais. Nas palavras de Müller: “*a questão dogmática principal não é saber, (...), por meio de que um direito fundamental pode ser restringido, mas qual é a extensão de sua validade, a qual deve ser desenvolvida a partir da análise do âmbito da norma (...)*”. Nesse sentido, a estratégia para a delimitação do suporte fático utilizada pelo autor alemão seria a avaliação de condutas mediante a ideia de especificidade (ou tipicidade)<sup>125</sup>, a qual seria capaz de determinar sua inclusão ou exclusão da área protegida pelo direito fundamental (SILVA, 2010, p. 86-87).

Outras estratégias de limitação poderiam ser citadas como a de Peter Häberle, porém parece haver um traço de obscuridade entre elas que cria resistência em relação a sua aceitação. Tanto a proposta de Ferrajoli, quanto a de Müller e mesmo a de Häberle não explicam de forma suficiente como determinar a validade substancial da atividade estatal, principalmente a legislativa, com recurso ao conteúdo material dos direitos fundamentais. A explicação de Ferrajoli se dá a partir do que chama de “*esfera do indecível*” (FERRAJOLI, 2011b, p. 110), já a posição de Müller depende dos conceitos de “*programa da norma*” e “*âmbito da norma*” (SILVA, 2010, p. 87) e a de Häberle da participação

---

<sup>125</sup> O conceito de especificidade enunciado por Müller já foi objeto de análise no tópico 3.2.4.

de todos os integrantes materiais do processo social no processo de interpretação (HÄBERLE, 1997, p. 12-13). Porém, as propostas não são suficientemente claras e não esclarecem como se operam a partir da Constituição, o que as conduz para a necessidade de aportes argumentativos externos ao direito fundamental.

Nesse sentido, revela-se pertinente a crítica elaborada por Sarlet para quem a conjunção dos limites do âmbito de proteção e do suporte fático *“permite que sejam incluídas considerações relativas a outros bens dignos de proteção (por exemplo, interesses coletivos ou estatais) no próprio âmbito de proteção destes direitos, o que aumenta o risco de restrições arbitrárias da liberdade”* (SARLET, 2010, 389). O apontamento é pertinente, pois o movimento de ampliação/redução do âmbito de proteção de cada direito fundamental, ou seja, a inclusão ou exclusão de condutas do campo protegido, muitas vezes não poderá ser operado apenas mediante o processo de harmonização em abstrato entre estes direitos, afinal a Constituição contém normas de outros gêneros que também tem influência neste processo.

Como exemplo para ilustrar estas observações, seria possível citar a relação entre o direito fundamental à privacidade e o interesse público que existe na divulgação de imagens de um crime de corrupção praticado no interior da residência do infrator. Diante desta oposição, tanto a opção pela inclusão no âmbito de proteção do direito à privacidade da conduta criminosa praticada em casa, quanto a sua exclusão, dependem de considerar o interesse público na argumentação. Caso se opte por proteger a ação criminosa dos olhos do público por ser privada, será imperativo justificar o porquê de não fazer valer o interesse público. Por outro lado, a escolha pela não proteção terá o interesse público como fundamentação. Qualquer dos caminhos leva, portanto, à inclusão de matéria estranha ao direito na argumentação ou, o que tem o mesmo efeito, à transformação da matéria estranha em matéria pertinente.

O motivo pelo qual se rejeita neste trabalho os pressupostos da teoria interna não é, todavia, o fato de conceber, na conformação do suporte fático, elementos estranhos ao direito, mas o fato de isso ser feito de forma pouco clara ou mesmo não declarada. Nesse sentido, a vantagem de optar pela teoria externa seria tornar clara a relação entre o direito e as intervenções e justificar constitucionalmente a escolha dos métodos utilizados mediar estas relações. Todavia, vale dizer que o modo como a teoria encara a delimitação dos direitos fundamentais é preferível àquela utilizada pelos autores que combinam os pressupostos

da teoria externa com a ideia de âmbito de proteção amplo, pois nesta concepção a força normativa do direito é dependente de métodos de mediação das intervenções que não se afastam da esfera do direito delimitado, como também da Constituição.

Ademais, e por fim, cabe reparar uma injustiça lançada contra a teoria interna, a de que, a partir de seus pressupostos – *impossibilidade de restrições* – estariam garantidos direitos fundamentais ilimitados (SARLET, 2010, p. 389). Sobre esta questão, Virgílio Afonso da Silva aponta, com razão, que não há uma relação de necessidade entre absolutização do direito e teoria interna (SILVA, 2010, p. 130). Isso, pois o que se afasta no seio desta concepção é a possibilidade de restringir o âmbito de proteção e não a de delimitá-lo. Esclarece a questão, a distinção feita em momento anterior<sup>126</sup> entre limites e restrições, segundo a qual para a teoria interna o que não existem são as restrições, os limites continuam a dar os contornos do direito. E não seria absurdo dizer que na teoria interna, a essência das restrições é transportada para dentro do âmbito de proteção, pois parte de seus limites serão definidos mediante a utilização total ou parcial da fundamentação que seria utilizada para justificar restrições na argumentação da teoria externa.

## 4.2. Teoria externa

Se a teoria interna é caracterizada por não reconhecer as restrições aos direitos fundamentais, o traço fundamental da teoria externa é conceber, destacar e estudare estas ingerências. Em outros termos, a teoria externa se afasta da interna, na medida em que a primeira pressupõe a existência de apenas um objeto, o direito com os seus limites, enquanto a segunda divide este objeto em dois, o direito e suas restrições (SILVA, 2010, p. 138). A partir desta distinção, é possível visualizar dois momentos interpretativos distintos, cada um com suas características particulares, o que serve de reforço para a argumentação jurídica dirigida a solucionar os casos concretos sobre direitos fundamentais.

Esta perspectiva é defendida como um pressuposto necessário na teoria dos princípios. Borowski explica que o reconhecimento de direitos restringíveis é o que permite reconstruir a colisão entre objetos normativos, em especial, a colisão entre direitos e bens coletivos (BOROWSKI, 2003, pos. 526). Nesta medida, evidencia a interação

---

<sup>126</sup>Nesse sentido ver tópico 3.1.

entre a teoria dos princípios, que se pauta por conceber um âmbito de proteção amplo para os direitos fundamentais, e a teoria externa, que lida com as restrições neste âmbito, pois, já se viu que existe uma relação diretamente proporcional entre o tamanho do âmbito de proteção e o número de restrições possíveis (PIEROTH; SCHLINK, §239). Bem por isso, Virgílio afirma que o relacionamento entre as duas teorias é o mais estreito possível (SILVA, 2010, p. 139).

A despeito desta proximidade, a teoria externa não tem sua existência vinculada à teoria dos princípios ou a um grupo de concepções amplas sobre os âmbitos de proteção dos direitos. Nesse sentido, rejeita-se a concepção fornecida por Borowski e repetida por Sarlet, segundo o qual a teoria externa pressupõe a existência de dois objetos jurídicos diferentes, o primeiro o direito *ilimitado* e o segundo as suas restrições (BOROWSKI, 2003, pos. 516) (SARLET, 2010, p. 389)<sup>127</sup>. Entende-se, como sustenta Virgílio (SILVA, 2010, p. 158-159), que a teoria externa não estabelece uma relação de necessidade com a teoria do âmbito de proteção amplo (ilimitado), sendo possível visualizar um método de formação do suporte fático que concilie limitações em abstrato com restrições<sup>128</sup>. Esta é, aliás, a proposta deste trabalho, conforme já se salientou em diversas outras ocasiões.

Por certo, conceber a possibilidade de limitações em abstrato do âmbito de proteção implica necessariamente na redução das hipóteses de restrição, porém estas somente se reduzirão a zero, quando se afirmar que o limite do âmbito de proteção é coincidente com o do suporte fático, o que não é um pressuposto, por exemplo, de teorias como as de Pieroth e Schlink (PIEROTH; SCHLINK, 2012) e de José Carlos Vieira de Andrade (ANDRADE, 2012), e tão pouco da perspectiva que se sustenta neste trabalho. Pode-se afirmar, inclusive, que a proposta da dupla alemã do autor português, sobre as quais se apoia a concepção de suporte fático aqui apresentada, se coloca no meio do caminho entre as posições extremas da teoria dos princípios e de várias teorias adeptas da perspectiva interna. Esta posição, longe de ser estéril, tem importância prática relevante para a interpretação dos direitos fundamentais, na

---

<sup>127</sup> No mesmo sentido ainda Gilmar Mendes, Paulo Gustavo Branco e Inocêncio Mártires Coelho (BRANCO; COELHO; MENDES, 2000, p. 224).

<sup>128</sup> O próprio Sarlet, aliás, concebe a possibilidade de delimitação em abstrato do âmbito de proteção: “há casos em que o próprio preceito constitucional não comporta certa conduta ou modo de exercício, de tal sorte que existem determinadas situações que não integram o âmbito de proteção do direito fundamental.” (SARLET, 2010, p. 390).

medida em que oferece uma carga de justificação bastante ampliada em relação àquelas estagnadas nas pontas do conjunto de possibilidades hermenêuticas.

Ao mesmo tempo em que é válido sustentar que a teoria interna concentra a interpretação num único momento e que, por isso, torna obscura ou confusa a relação de subordinação das condutas do Estado, incluídas as atividades legislativas, ao conteúdo material dos direitos fundamentais é possível dizer o mesmo da perspectiva defendida pela teoria dos princípios. Muito embora Virgílio e Borowski afirmem a existência de dupla fundamentação no curso interpretativo da teoria de Alexy, a primeira colocada para determinar o direito *prima facie* e a segunda para conceber o direito em definitivo (SILVA, 2010, p. 144) (BOROWSKI, 2003, pos. 677), de fato, apenas no último passo há um verdadeiro esforço argumentativo. Isso porque, o direito na teoria dos princípios o direito protege *prima facie* toda *ação, estado ou posição jurídica que tenha alguma característica que, isoladamente considerada, faça parte de seu âmbito temático* (SILVA, 2010, p. 109), este sempre interpretado de forma ampla (ALEXY, 1993, p. 311), ou seja, o que determina a formação do direito *prima facie* são referências semânticas pouco rigorosas e nada substanciais<sup>129</sup>, as quais dispensam na teoria e, principalmente, na prática, um processo sério de interpretação.

Esta constatação permite identificar na teoria dos princípios a mesma deficiência observada na teoria interna, pois ambas concentram num único momento o esforço interpretativo que determina efetivamente o suporte fático, produzindo inevitável confusão entre limitação do direito e a restrição produzida pela atividade estatal. Assim, a principal crítica dirigida pelos adeptos da teoria dos princípios às concepções restritas do suporte fático (inclusas as teorias internas) – *a carência de fundamentação* – (SILVA, 2010, p. 121) (BOROWSKI, 2003, pos. 1262) também deve ser a eles direcionada. Esta crítica não afeta, porém, a proposta de combinação entre restrição do direito em abstrato e possibilidade de restrição, pois nesta sim há dois momentos destacados de interpretação, para os quais existe um esforço

---

<sup>129</sup> Diferente do que se sustentou no tópico 3.2.3. sobre a formação do âmbito de regulação, a construção do âmbito temático de Alexy dispensa uma análise semântica que tome em consideração profundas análises de ordem jurídica, sociológica, histórica, etc. Na verdade, na Teoria dos Direitos Fundamentais de sua autoria, o tema é tratado de forma absolutamente rasa, como se não constituísse um problema sério para o processo de delimitação do suporte fático.

interpretativo particular, dotado de regras próprias, a reforçar o sentido normativo da Constituição.

Outra crítica importante para o debate entre as teorias interna e externa, a falta de honestidade, que decorre do distanciamento entre proteção do direito *prima facie* e proteção do direito em definitivo, também merece atenção. Segundo este apontamento, feito por autores como Mariano Grondona, a ideia de direito *prima facie*, particular da teoria externa, oferece proteções equiparadas a miragens, pois podem desaparecer diante do caso concreto (SILVA, 2010, p. 145). Sobre esta questão, já se disse que é uma crítica pertinente contra as teorias que sustentam o alargamento do âmbito de proteção dos direitos fundamentais, pois, diante do enorme número de condutas potencialmente protegidas, a quantidade de decepções e o nível de insegurança em relação à proteção se tornam significativos<sup>130</sup>. Este, no entanto, não é um problema da teoria externa, mas de sua combinação com a ideia de alargamento do âmbito de proteção.

Ao partir de um âmbito de proteção restrito, pautadas as limitações pelo sistema de reservas legais, o problema da honestidade é reduzido a um nível absolutamente aceitável. Nesta perspectiva, existe, como ocorre na teoria do âmbito de proteção amplo, a ideia de direitos protegidos *prima facie* e direitos protegidos em definitivo, porém com muito menos frequência e de forma, na maioria das vezes, menos importante. A menor constância se dá pelo fato de que a limitação em abstrato do âmbito de proteção resolve, em muitos casos de antemão, o que para a teoria do âmbito de proteção amplo seria um problema de restrição. Casos como o do artista que se põe a pintar no centro de um cruzamento movimentado são resolvidos pelas teorias restritas com a limitação do âmbito de proteção do direito de liberdade artística, evitando a expectativa positiva de proteção. Já a redução de importância, por sua vez, se dá porque a maioria das restrições é autorizada pela própria Constituição por meio das reservas de lei, ao passo em que, nessas situações, não se pode alegar uma ilusão de fato, muito embora seja possível questionar a qualidade da restrição.

Vê-se, nesta medida, que mesmo no interior da teoria externa, sem que se rejeite a possibilidade de diferenças entre proteção *prima facie* e proteção definitiva, é possível reduzir o problema da honestidade a um nível aceitável. Sua eliminação seria impossível, mas, por outro lado, só se poderia cobrá-la caso se pudesse esperar do direito um nível

---

<sup>130</sup>Conforme tópico 3.2.1.



de certeza ideal ou mecânico, o que, contudo não se consegue mesmo a partir das teorias mais formalistas possíveis. Percebe-se também que a teoria externa não implica no alargamento do âmbito de proteção, tão pouco incorpora, necessariamente, os defeitos desta perspectiva, de modo que pode ser sustentada como solução, mesmo por aqueles que dirigem críticas ao modelo amplo do âmbito de proteção. Assim, visto que as principais inconsistências apontadas na teoria externa decorrem de sua conjunção com o referido alargamento da área protegida, deve-se aceitar o argumento lançado por Vieira de Andrade:

(...) além dos limites – internos – do subsistema jusfundamental, que resultam das situações de conflito entre os diferentes valores que representam as diversas facetas da dignidade humana, os direitos fundamentais têm também limites – externos -, pois hão de conciliar as suas naturais exigências com as imposições próprias da vida em sociedade (...) (ANDRADE, 2012, p. 264)

A perspectiva de Andrade que é bem próxima da de Pieroth e Schlink no que diz respeito a ideia geral de suporte fático permite conciliar a teoria restrita sobre o âmbito de proteção e a teoria externa das restrições, o que, entende-se, proporciona a superação de problemas inerentes à teorias do âmbito de proteção amplo e à teoria interna das restrições. Esta opção, de acordo com o que se sustenta neste trabalho, traz ainda a grande vantagem de enfrentar a relação entre a ação estatal e seus limites impostos pelo conteúdo material dos direitos fundamentais de forma clara e fundamentada em todos os seus estágios, garantindo assim um maior nível de segurança jurídica e a manutenção do equilíbrio entre os poderes, pois rejeita o protagonismo de qualquer um deles na formação dos argumentos necessários à interpretação dos direitos fundamentais.

#### 4.2.1. Conceito de restrição

O modelo de suporte fático aqui adotado contém as restrições como elemento conformador, motivo pelo qual, como salienta Alexy, o conceito de restrição é determinante para a visualização de sua extensão (ALEXY, 1993, p. 295). Assim, conforme mais ampla for a ideia de restrição, maior será o suporte fático, ou seja, aumentam as hipóteses em que se reclama a atuação do direito. Por outro lado, caso se conceba uma perspectiva reduzida sobre as restrições, menos vezes o direito será

chamado para solucionar as questões. Isso se demonstra porque, se uma mesma conduta do Estado puder ser tida (*a priori* de sua justificação) como restrição e como não-restrição, somente na primeira hipótese poderá ser considerada uma violação ao direito, caso não possa ser fundamentada constitucionalmente, na outra hipótese não haverá um problema de direito fundamental a resolver.

Por isso importante distinguir o conceito de restrição aceito neste trabalho, do conceito clássico. Segundo explicam Pieroth e Schlink, o conceito clássico exige quatro pressupostos para a configuração da restrição: 1) *seja consequência final e não meramente involuntária de uma atuação do Estado dirigida a outros fins*; 2) *seja consequência imediata e não mera, ainda que intencional, consequência mediata da atuação do estado*; 3) *seja ato jurídico com efeito jurídico e não com mero efeito material*; e 4) *seja ordenada ou imposta pela ordem e coação* (PIEROTH; SCHLINK, 2012, § 251). Esta definição, contudo, é insuficiente diante da ampliação de função dos direitos fundamentais que, na atual perspectiva constitucionalista, não mais se dirigem apenas a confrontar a ação do Estado, mas também a sua omissão (DIMOULIS; MARTINS, 2011, p. 141).

A alteração do conceito de intervenção decorre, portanto, da opção por um modelo de Constituição dotada de força normativa ativa que não mais se amolda à ideia positivista de texto passivo, visto apenas como referencial para a materialidade das leis e critério formal para a validade destas mesmas leis. Tal modificação se opera a partir da ampliação das hipóteses em que a ação (ou omissão) estatal configura intervenção no âmbito de proteção dos direitos fundamentais e, assim, precisa ser justificada constitucionalmente. De acordo com este conceito ampliado, ficam, pois, alargados todos os critérios definidores do conceito clássico, de modo que é considerada restrição “*qualquer atuação do Estado que torne total ou parcialmente impossível ao particular uma conduta que caia no âmbito de proteção de um direito fundamental*”, ainda que este efeito não tenha sido desejado pelo Estado, não seja jurídico e/ou causa direta da atuação e mesmo que ocorra sem ordem ou coação (PIEROTH; SCHILINK, 2012, §253)<sup>131</sup>.

---

<sup>131</sup> Este é o conceito de restrições *latu sensu*. Como se verá adiante (tópico 4.2.2.), o conceito de restrições em sentido estrito, agrega o elemento “fundamentação constitucional” para separar as restrições das violações (restrições não fundamentadas).

Neste caso, tanto uma lei hipotética que proíba o protesto em áreas de comércio, a qual tem como objetivo claro e como consequência jurídica direta imposta sob coação, a limitação do direito à liberdade de expressão, quanto outra igualmente hipotética que, ao impor a vacinação a crianças menores de 5 anos, tem como consequência indireta, involuntária e meramente material algum tipo de contágio dos pais, serão consideradas potenciais restrições, restando sua justificação constitucional para que sejam consideradas como tal e não como violação. A impossibilidade de considerar o segundo caso como restrição, em face dos requisitos elencados no conceito clássico, isentaria a hipotética lei de vacinação do controle de constitucionalidade a ser feito em face do conteúdo material dos direitos fundamentais. Em outras palavras, se a conduta não pode ser tida como restrição, ela não atinge o âmbito de proteção do direito e, assim, não reclama justificação em relação a este direito.

A ampliação do conceito de restrição implica, porém, em, pelo menos uma dificuldade de ordem prática. Ao expandir a condição de potencial restrição para as condutas que não possuem efeito restritivo jurídico, apenas material, surge para o interprete a dúvida sobre até onde estes efeitos materiais significam verdadeiro impedimento ao exercício do direito ou representam dificuldades para este exercício. (PIEROTH; SCHILINK, 2012, §256). A solução para esta questão, que seria responsável por conferir maior segurança jurídica ao processo de definição das restrições, seria, de acordo com Dimoulis e Martins, a definição de um limite mínimo, abaixo do qual a ação ou omissão do Estado não configura intervenção. O critério para a construção deste limite seria a ideia de bagatela, posição compartilhada com Pieroth e Schilink (DIMOULIS; MARTINS, 2011, p. 141). Segundo este critério não é possível considerar como intervenção, aquela conduta do Estado que apenas gera incômodos comuns ao dia a dia ou insatisfações de ordem estritamente subjetivas (PIEROTH; SCHILINK, 2012, §260).

Esta proposta deve ser aceita, pois não descaracteriza a ampliação do conceito de restrição, porém deve ser aplicada com cautela, considerando sempre os casos limítrofes como verdadeiras restrições. A inexistência de um critério como o da bagatela teria efeitos nocivos para a atuação do Estado, pois no seio de uma concepção de restrição ampliada, qualquer efeito material ou concepção subjetiva sobre os direitos fundamentais acabaria dando ensejo a demandas judiciais de ordem constitucional. Assim, por exemplo, impede-se que alguém demande o Estado para a construção de uma unidade de saúde especial

para o atendimento de uma doença rara ou reclame de ter ficado aborrecido por permanecer parado num engarrafamento causado pela ação de agentes estatais que tentavam organizar o trânsito num dia de chuva.

#### 4.2.2. Restrição, concretização e violação

A ampliação do conceito de restrição implica em considerar uma quantidade maior de condutas do Estado nesta categoria. No entanto, ainda permanecem existindo outras categorias de condutas estatais que não se encaixam no conceito ampliado. Dentre elas, dá-se destaque para a concretização dos direitos fundamentais e àquelas que, mesmo tendo potencial para se configurar como restrição, acabam sendo consideradas como violação, em razão da ausência de justificação constitucional<sup>132</sup>.

##### 4.2.2.1. Concretização

Concretização é sinônimo de configuração do direito e neste sentido, é a ação estatal dirigida a dar as condições jurídicas de exercício para determinados direitos fundamentais, cujo modo de exercício natural não basta para a sua efetivação (PIEROTH; SCHLINK, 2012, §225). Os bens protegidos por estes direitos somente existem no contexto jurídico e por isso precisam ser configurados pela legislação para adquirir forma e, a partir daí se tornar objeto de proteção. Se a lei não estabelecer requisitos jurídicos para definir, por exemplo, as condições para a configuração da propriedade, então ela perde o sentido, pois se converte em não-propriedade<sup>133</sup>. Por outro lado, se a lei não disser o que

---

<sup>132</sup> Pieroth e Schlink tratam ainda das regulações, estas caracterizadas como condutas que pretendem definir pormenores do exercício dos direitos fundamentais. Contudo, entende-se que este tipo de conduta só é relevante quando impede total ou parcialmente o exercício do direito, situação na qual não podem ser distinguidas de verdadeiras restrições, devendo, pois se submeter ao mesmo regime de interpretação constitucional. Além disso, como salienta Virgílio Afonso da Silva, uma forma de regulação dificilmente não representará, ao mesmo tempo, uma restrição (SILVA, 2010, p. 100).

<sup>133</sup> O exemplo poderia ser desenvolvido desta forma: o sujeito A se julga proprietário do imóvel X, contudo não há na legislação nenhum critério para definir o que é propriedade, tão pouco para determinar as formas de aquisição, disposição e prova da propriedade, o que permite ao sujeito B também se julgar proprietário do imóvel X e toma-lo à força do sujeito A. Nesse caso, o fato de A compreender a situação anterior à ação de B como propriedade nada significava, pois B pôde, de forma legítima considerar o mesmo.

caracteriza a vida, ainda sim as pessoas continuarão vivendo e sua existência, em si, não afetará a vida dos demais.

A concretização, portanto, não é capaz de anular qualquer conduta, estado ou posição jurídica protegida pelo âmbito de proteção dos direitos fundamentais, é dirigida, ao contrário, a permitir que esta proteção seja efetiva. Assim, assume papel na conformação do suporte fático não como restrição, mas como elemento definidor do âmbito de proteção junto aos limites do âmbito de regulação<sup>134</sup>. A limitação do âmbito de proteção dos direitos passíveis de concretização, para além das fronteiras do âmbito de regulação permanece a cargo da própria Constituição, por meio de disposições como aquela contida no inciso XXIII do artigo 5º do texto constitucional brasileiro, o qual permite a flexibilização da proteção conferida pelo direito de propriedade, quando o uso do bem próprio não atender a sua função social. A legislação que, sob o pretexto de conferir limites a estes direitos, for além das bordas do âmbito de regulação, deverá ser considerada restritiva e não limitadora.

Todavia, não é possível estabelecer uma linha nítida que defina a partir de onde a legislação está deixando os limites do âmbito de regulação para interferir no âmbito de proteção. Desta forma, quando, por exemplo, a lei determina que certos imóveis não possam ser objeto de propriedade, é possível pensar estar-se diante de uma norma concretizadora ou de uma norma restritiva, motivo pelo qual, não será possível fugir ao controle de constitucionalidade (DIMOULIS; MARTINS, 2011, p. 146). Neste processo, a primeira fase consistirá em definir se a conduta estatal está configurada como limitação ou restrição, tendo como referencial o âmbito de regulação do direito fundamental. No caso de ser considerada uma potencial limitação, deverá ainda obedecer aos supostos limites impostos pela Constituição. No caso de ser entendida como possível restrição, deverá ser submetida ao controle de restrições, na forma que se delineará em tópicos posteriores.

#### 4.2.2.2. Violação

O sentido de violação é algo bem menos problemático, pois é negativo e exclusivo em relação ao sentido de restrição, ou seja, onde há violação não pode haver restrição. Esta relação de oposição e exclusão é

---

<sup>134</sup> Em sentido semelhante, mas sem fazer remissão às fronteiras do âmbito de regulação é a proposta de Pieroth e Schlink, para os quais o poder de concretização é limitado pela “*história que constituiu juridicamente a sociabilidade natural do homem*” (PIEROTH; SCHLINK, 2012, §229).

determinada pelo binômio lícito/ilícito, onde a licitude corresponde à restrição e a ilicitude à violação (PIEROTH; SCHLINK, 2012, §237). Tem-se, então, que a violação é o resultado da impossibilidade de o Estado fundamentar constitucionalmente uma conduta restritiva do exercício dos direitos fundamentais, o que a conduz para um estado de ilicitude, pois a função primeira destes direitos é vincular a atividade estatal. Deste modo, quando a conduta estatal que interfere no âmbito de proteção de um direito fundamental não puder ser justificada ou esbarrar em obstáculos constitucionais formais ou materiais, deverá ser considerada uma violação e não uma restrição (BOROWSKI, 2003, pos. 1067).

Com base nesta construção, uma lei que tenha como objeto a proibição de manifestações contrárias ao governo em redes sociais da internet, a qual, por pretender eliminar do âmbito de proteção do direito à liberdade de expressão uma conduta específica, deve ser considerada uma restrição em potencial, poderá, após o controle de constitucionalidade, ser classificada como violação, na medida em que se demonstrar a sua falta de justificação constitucional. Da mesma forma, mesmo que o Estado possa apresentar justificativas constitucionais legítimas para determinada lei, caso esbarre no limite material criado pelo status de cláusula pétrea, esta legislação será considerada uma violação e não uma restrição aos direitos fundamentais.

#### **4.3. Tipologia das restrições permitidas**

Uma vez aceito o conceito de restrições como *qualquer atuação do Estado que torne total ou parcialmente impossível ao particular uma conduta que caia no âmbito de proteção de um direito fundamental*, seria possível imaginar que ao Estado é permitido intervir no âmbito de proteção dos direitos fundamentais sob qualquer meio, inclusive quando não tem autorização normativa para tanto. Porém, como visto no tópico anterior, a condição de restrição legítima depende de a conduta estatal ser fundamentada na Constituição, caso contrário será considerada uma violação. Desta forma, somente se admitirão restrições quando houver autorização constitucional nesse sentido, pois dada a sua posição hierárquica no ordenamento jurídico, somente a Constituição pode autorizar a sua própria limitação (BRANCO; COELHO; MENDES, 2000, p. 224).

Neste caso, torna-se importante identificar de que formas a Constituição autoriza a intervenção restritiva do Estado no âmbito de proteção dos direitos fundamentais, para que destas hipóteses seja

possível afastar os modos não permitidos de restrição. Esta distinção não tem efeito meramente teórico, assume também uma função prática importante ao determinar que toda ação estatal que restrinja a proteção conferida pelos direitos fundamentais seja fundamentada num instrumento legítimo de restrição. Assim, é possível controlar constitucionalmente tanto a atividade legislativa, quanto as ações dos agentes administrativos, o que vai ao encontro da ideia de força normativa efetiva agregada aos direitos fundamentais no atual modelo de constitucionalismo. Partindo-se desta ideia, sempre será possível a avaliação de validade da conduta estatal, a partir da necessidade de fundamentação constitucional direta – *decorrente da interpretação da Constituição*<sup>135</sup> – ou indireta, esta com base num instrumento legítimo (fundamentado) de restrição (ANDRADE, 2012, p. 224-225).

A identificação dos instrumentos legitimados para cumprir a tarefa restritiva dos âmbitos de proteção dos direitos fundamentais, por evidente, depende da avaliação da Constituição de cada Estado. Porém, há um traço em comum neste aspecto que permeia as propostas contidas nas constituições ocidentais do pós-guerra. Tantona Constituição alemã, quanto na portuguesa, na espanhola e na brasileira, por exemplo, o instrumento expressopara a restrição do âmbito de proteção dos direitos fundamentais é a lei<sup>136</sup>, cujo fundamento encontra numa reserva legal ou na interpretação da própria Constituição (DIMOULIS; MARTINS, 2011,

---

<sup>135</sup> Sobre a possibilidade de fundamentação constitucional direta da atividade administrativa, sustenta José Carlos Vieira de Andrade: “(...) *a proibição de atuação administrativa praeter legem não pode prejudicar a atividade administrativa de aplicação direta dos preceitos constitucionais. Assim, por exemplo, a Administração não pode restringir, mas pode e deve, no âmbito das suas atribuições e competências, proteger, promover e até concretizar, na falta de lei específica, as normas relativas aos direitos, liberdades e garantias. Não é então uma atividade de execução da lei, mas de execução vinculada da Constituição.*” (ANDRADE, 2012, p. 224)

<sup>136</sup> Sobre os instrumentos de restrição expressos nas constituições portuguesa, alemã e espanhola ver, respectivamente: ANDRADE, José Carlos Vieira de. *Os direitos fundamentais na Constituição Portuguesa de 1976*, 5ª. Ed. Coimbra: Almedina, 2012; PIEROTH, Bodo; SCHLINK, Bernhard. *Direitos fundamentais*. Edição e-Book. São Paulo: Saraiva, 2012; e CATOIRA, Ana Aba. *El concepto jurisprudencial de limite de los derechos fundamentales*. In: Anuario da Faculdade de Direito da Universidade da Coruña, n. 2, 1998 (p. 13-31). A Coruña: Universidade da Coruña, 1998.

p. 143-144)<sup>137</sup>. Desta premissa, decorre o entendimento de que a restrição dos direitos fundamentais pela via legal pode ocorrer com ou sem reserva, sendo possível ainda classificar as primeiras de acordo com forma como implicam o legislador em reservas simples ou qualificadas (PIEROTH; SCHLINK, 2012, §263).

Vincular as restrições à existência de lei restritiva implica, contudo, num questionamento: somente a lei formal emanada pelo poder legislativo pode restringir legitimamente os direitos fundamentais? No contexto constitucional brasileiro a resposta deve ser negativa por dois motivos, a existência dos institutos da Lei Delegada – *emanada pelo executivo mediante delegação do executivo* – (artigo 68, CRFB/88<sup>138</sup>) e da Medida Provisória – *porque tem força de lei* – (artigo 62, CRFB/88<sup>139</sup>) (DIMOULIS; MARTINS, 2011, p. 153-154). Porém, é preciso observar que a possibilidade de restrição mediante atos normativos do poder executivo deve obedecer aos limites formais e materiais impostos pela Constituição a estes instrumentos, sob pena de carecerem de fundamentação constitucional e, por este motivo, serem considerados violação dos direitos fundamentais.

No caso da Lei Delegada não é possível, por exemplo, transmitir ao executivo o poder de restringir os direitos vinculados à nacionalidade e cidadania, tão pouco os *direitos individuais*, políticos e eleitorais (art. 68, §1º, II, CRFB/88<sup>140</sup>), de forma que fica excluída a possibilidade de restrição dos direitos de defesa por esta via<sup>141</sup>. A Medida Provisória

---

<sup>137</sup> A Constituição brasileira contém uma cláusula geral de reserva legal que vincula a atividade estatal aos preceitos da lei. Trata-se do inciso II do artigo 5º: “ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei”.

<sup>138</sup> Art. 68, CRFB/88 - As leis delegadas serão elaboradas pelo Presidente da República, que deverá solicitar a delegação ao Congresso Nacional.

<sup>139</sup> Art. 62, CRFB/88 - Em caso de relevância e urgência, o Presidente da República poderá adotar medidas provisórias, com força de lei, devendo submetê-las de imediato ao Congresso Nacional.

<sup>140</sup> Art. 68, § 1º, CRFB/88 - Não serão objeto de delegação os atos de competência exclusiva do Congresso Nacional, os de competência privativa da Câmara dos Deputados ou do Senado Federal, a matéria reservada à lei complementar, nem a legislação sobre: (...) II - nacionalidade, cidadania, *direitos individuais*, políticos e eleitorais.

<sup>141</sup> Na doutrina alemã foi desenvolvida a teoria da essencialidade para balizar as possibilidades de restrição mediante delegação. Segundo esta proposta, uma restrição deste tipo deve advir de uma lei delegadora em si constitucional que não transmita para o executivo o poder de deliberar sobre os pressupostos,



possui, por seu lado, restrição material menos incisiva, pois não inclui os direitos individuais dentre os objetos vedados, porém contém limitação quanto à legislação penal, processual penal e processual civil (art. 62, §1º, I, b, CRFB/88<sup>142</sup>), as quais tipicamente enunciam normas restritivas de direitos e também limitação temporal (art. 62, §3º, CRFB/88<sup>143</sup>), além de outras de ordem formal e material. Assim como no caso das Leis Delegadas, a inobservância das limitações impostas às Medidas Provisórias lhes retira a capacidade de restrição, haja vista a perda de validade constitucional.

Outro questionamento que se faz em relação ao sentido de “lei” como instrumento legítimo de restrição aos direitos fundamentais, se dá quanto às reservas de lei negativas, que ocorrem quando a Constituição veda, de forma expressa, a manifestação do legislador em determinado sentido, como ocorre no Brasil com a proibição de criação de lei que prejudique a coisa julgada (art. 5º, XXXVI, CRFB/88<sup>144</sup>) ou tenha efeito retroativo contra o réu em matéria penal (art. 5º, XL<sup>145</sup>). Nestes casos, como bem explicam Dimitri Dimoulis e Leonardo Martins, a expressão “lei” deve ter o sentido mais amplo possível, pois não faria sentido

---

circunstâncias e consequências essenciais para o exercício do direito fundamental. Segundo a teoria, a essencialidade das decisões afere-se pela intensidade com que são afetados os direitos fundamentais (PIEROTH; SCHLINK, 2012, §274-276). Assim, as possibilidades de restrição reduzam de forma intensa o exercício do direito fundamental, segundo a ideia de essencialidade, não podem ser decididas fora do parlamento. A proposta é interessante, porém, deve-se observar que nem as proposições legislativas podem restringir os direitos fundamentais de forma a pôr em risco o seu exercício pleno, caso em que se converteriam em normas exterminadoras do direito. Desta forma, a essencialidade deve se referir a ideia de mínimo, ou seja, a delegação deve se dar sob limites bastante estreitos, de modo que o resultado para o exercício do direito seja o mínimo possível.

<sup>142</sup> Art. 62, § 1º, CRFB/88 - É vedada a edição de medidas provisórias sobre matéria: (...) b) direito penal, processual penal e processual civil.

<sup>143</sup> Art. 62, § 3º, CRFB/88 - As medidas provisórias, ressalvado o disposto nos §§ 11 e 12 perderão eficácia, desde a edição, se não forem convertidas em lei no prazo de sessenta dias, prorrogável, nos termos do § 7º, uma vez por igual período, devendo o Congresso Nacional disciplinar, por decreto legislativo, as relações jurídicas delas decorrentes.

<sup>144</sup> Art. 5º, XXXVI, CRFB/88 - A lei não prejudicará o direito adquirido, o ato jurídico perfeito e a coisa julgada.

<sup>145</sup> Art. 5º, XL, CRFB/88 - A lei penal não retroagirá, salvo para beneficiar o réu.

proibir o legislador de restringir o direito em determinado sentido, ao mesmo tempo em que se permite que o próprio legislativo, o executivo ou mesmo o judiciário o façam por outros meios, somente porque o instrumento normativo eleito não é uma lei, mas um “decreto”, “portaria” ou “instrução normativa” (DIMOULIS; MARTINS, 2011, p. 152-153).

Por fim, importante discutir se as reservas legais são um dever ou uma faculdade para o legislador. Em sentido positivo está o entendimento de José Carlos Vieira de Andrade (ANDRADE, 2012, p. 219), o qual se contrapõe à posição sustentada por Dimoulis e Martins (DIMOULIS; MARTINS, 2011, p. 146). Filia-se aqui à proposta dos autores brasileiros, pois a reserva de lei existe em face da possibilidade de conflito entre normas constitucionais e não do reconhecimento de existência efetiva do conflito. Assim, muito embora a Constituição preveja a possibilidade de desacordo entre direitos ou entre direitos e princípios gerais, em referência aos direitos para os quais previu reserva, é possível que o legislador constate a inexistência destes desacordos na prática. Nesse caso, a edição de qualquer norma restritiva do direito deverá ser considerada inconstitucional, pois lhe faltará um dos fundamentos, qual seja a necessidade de regulação de conflito<sup>146</sup>.

#### 4.3.1. Restrições de direitos fundamentais com reserva legal

O conceito de reserva legal decorre de uma ideia simples, a possibilidade, conferida pela Constituição, de restrição ao âmbito de proteção dos direitos pela via legal. Trata-se, pois de faculdade conferida ao legislador ordinário para que, de forma legítima e controlada, interfira no exercício dos direitos constitucionais, mediante a exclusão total ou parcial de condutas, estados ou posições jurídicas contidas em seus âmbitos de proteção. As reservas legais estão espalhadas pelo texto constitucional brasileiro, porém, não se apresentam todas da mesma forma, havendo, portanto, que se distinguir entre as permitem maior discricionariedade ao legislador (reservas simples) e àquelas que lhe impõem limites rígidos quanto ao tipo, finalidade ou meio de restrição (reservas qualificadas) (DIMOULIS; MARTINS, 2011, p. 146).

---

<sup>146</sup> Ana Aba Catoira enumera a necessidade de regulação do conflito junto com a ideia de intervenção menos gravosa como condições para a efetivação da reserva legal (CATOIRA, 1998, p. 20). Esta proposta já está ligada à ideia da proporcionalidade como controle das restrições que se verá adiante.

São classificadas como reserva simples (ou ordinária) aquelas mediante as quais a Constituição autoriza restrições por ou com base na lei, sem que haja quaisquer exigências especiais (PIEROTH; SCHILINK, 2011, §264). É exemplo, dentre outros, no texto constitucional brasileiro, o disposto no inciso XV do artigo 5º: *é livre a locomoção no território nacional em tempo de paz, podendo qualquer pessoa, nos termos da lei, nele entrar, permanecer ou dele sair com seus bens*. Esta norma, que tem como objeto de proteção a liberdade de locomoção, admite restrição legislativa no seu âmbito de proteção sem que para isso tenha sido fornecido ao legislador algum parâmetro. Assim, é possível criar mediante lei, restrições como a exigência de visto de entrada e permanência para estrangeiros oriundos de determinados países ou a vedação de saída do território nacional em razão da suspeita de cometimento de crime<sup>147</sup>.

A inexistência de limitações com relação ao tipo, finalidade ou meio de restrição, não significa, porém, que as reservas legais simples conferem ao legislador discricionariedade irrestrita, haja vista que, como já se assinalou por algumas vezes, toda restrição ao âmbito de proteção dos direitos fundamentais precisa ser justificada constitucionalmente. Assim, nenhuma lei criada com base em reservas legais simples estáisentado controle de constitucionalidade das restrições mediante exame de sua proporcionalidade e verificação de sua atenção aos limites das restrições. Esta imposição permite a conservação da força normativa dos direitos fundamentais, ao passo em que garante a exigência de validade substancial da norma restritiva.

As reservas simples são contempladas na Constituição em razão de o legislador constituinte ter previsto um grande número de conflitos normativos em razão da indeterminabilidade de alguns enunciados e da amplitude conceitual relativa a certos bens jurídicos protegidos. Um maior número de conflitos ou a mutabilidade destes conflitos causada pela transformação do bem jurídico exige uma forma de adaptação ampla da Constituição, o que se pretende fazer mediante atividade

---

<sup>147</sup> Outros exemplos podem ser encontrados, por exemplo, nos incisos VI, VII e LVII do artigo 5º da Constituição brasileira, nos artigos 2º, n. 2 e 10º, n. 2 da Constituição Alemã, nos artigos 26º, n. 4 e 34º, n. 2 da Constituição portuguesa ou nos artigos 11, n. 1 e 13, n.1 da Constituição espanhola. O artigo 13, n. 1 da Constituição da Espanha prevê, além de reserva legal, uma reserva em face de tratados internacionais: “*artigo 13, 1 - Los extranjeros gozarán en España de las libertades públicas que garantiza el presente Título en los términos que establezcan los tratados y la ley.*”.

legislativa dotada de maior discricionariedade. Porém, em outros casos, o constituinte previu um número limitado de conflitos ou os compreendeu de forma específica. Nestas situações, muito embora tenha visto a necessidade de solucionar estes conflitos pela via legal, o constituinte não poderia conferir ao legislador ordinário uma discricionariedade tão ampla, razão pela qual previu as reservas legais com os limites necessários para que a lei restritiva atinja apenas as possibilidades de conflito contempladas e atenda as suas especificidades.

As reservas legais qualificadas são aquelas para as quais a Constituição indica pelo menos um dos seguintes elementos: as condições de fato, a finalidade ou o meio de restrição autorizados, dos quais o legislador poderá se valer (DIMOULIS; MARTINS, 2011, p. 146<sup>148</sup>). O exemplo brasileiro clássico é a previsão constitucional que permite a violação do sigilo telefônico por ordem judicial, nas hipóteses e na forma que a lei estabelecer para fins de investigação criminal ou instrução processual penal (art. 5º, XII, CRFB/88). Há nesta previsão indicação precisa do meio (ordem judicial) e da finalidade da restrição (para instruir investigação criminal ou processo penal), parâmetros estes que estabelecem limites intransponíveis para o legislador. Outra amostra está no inciso LX também do artigo 5º que somente permite à lei determinar o sigilo processual quando a defesa da intimidade ou o interesse social o exigirem<sup>149</sup>.

Percebe-se na norma do referido inciso LX que o constituinte previu conflito normativo entre o princípio da publicidade e o direito à intimidade e também em face de interesses sociais, porém não considerou possíveis ou relevantes outros tipos de conflito que poderiam surgir, por exemplo, com o direito à honra. Destarte, os limites para a solução de conflitos pela via legislativa abrangem apenas as situações listadas na Constituição, o que representa uma redução drástica de discricionariedade em relação ao que está disponível para o legislador nas aberturas proporcionadas pelas reservas simples. Reside, pois, nesta diferença de extensão discricionária conferida pelas reservas simples e qualificadas a relevância prática desta distinção. Haverá casos, como o do inciso XIII do artigo 5º da Constituição brasileira, em que somente a

---

<sup>148</sup> Os autores falam em tipo ao invés de condição. No entanto, entende-se que o tipo, nesse caso é determinado pela combinação dos demais elementos.

<sup>149</sup> As reservas qualificadas também fazem parte de outras Constituições: exemplo no texto constitucional alemão é o artigo 11º, n. 2 e no português: 27.3; 34. 4;e 47.1.

interpretação feita a partir das bases teóricas que sustentam a classificação poderá determinar se se trata de reserva simples ou qualificada e, assim, se o legislador pode ir mais ou menos longe na sua atividade de restrição. Nestas situações a classificação precisa das reservas legais assume, então, o papel de relevante argumento para a análise de validade da lei restritiva.

#### 4.3.2. Restrições de direitos fundamentais sem reserva legal

O maior problema suscitado pela admissão de restrição aos âmbitos de proteção dos direitos fundamentais reside na fundamentação e no alcance das intervenções feitas sem o abrigo de reservas legais. Se por um lado é certo que as situações de conflito normativo entre direitos fundamentais e entre estes direitos e princípios constitucionais gerais não estão limitadas àquelas previstas como fundamento para a criação de reservas legais, por outro também parece claro que a Constituição predeterminou alguns conflitos como passíveis de solução pela via legal, excluindo os demais de solução por este meio. Não há razão lógica para negar esta segunda premissa, pois diante da existência de reservas simples, de alta densidade discricionária, é impossível rejeitar que houve de fato uma ponderação entre os casos em que seria possível ou não a intervenção legislativa, caso contrário não haveria razão para tais reservas existirem. Porém, esta conclusão não soluciona o problema das colisões causadas em face do exercício de direitos sem reserva, as quais são tão relevantes quanto as que tiveram solução contemplada pelas reservas legais.

Isso porque, ao se permitir o livre exercício de direitos conflitantes, o que se convalida, de fato, é um não-direito, é impossível conciliar, por exemplo, o direito de privacidade daquele que pretende não ser fotografado pela janela de seu quarto, com a liberdade de imprensa do jornalista que considera relevante fotografar pela janela do quarto, se o exercício de ambos os direitos não encontra qualquer limitação. Assim, a vinculação a um método de solução que indique qual dos interesses em jogo deve prevalecer não pode ser privilégio das situações conflituosas previstas expressamente no texto constitucional. Além disso, a Constituição não está presa no tempo de sua promulgação, de forma que o rol de conflitos previstos, nunca poderá ser considerado como rol dos conflitos existentes, assim, não se pode interpretar a Constituição tendo como argumento central a capacidade do constituinte de prever casos específicos de colisão.

Exemplos claros de transformações sociais criadoras de conflito são as aquelas causadas pelo desenvolvimento e difusão da Internet, fenômeno observado a partir da segunda metade dos anos 90 e que percebeu, ainda, grandes modificações nos anos seguintes. Quando a Constituição brasileira foi promulgada em 1988 sequer existia o e-mail, porém este instrumento, junto com diversos outros tipos de comunicadores on-line, vinculados ou não a redes sociais, passaram a ocupar papel central no desenvolvimento das relações interpessoais, suplantando, muitas vezes, a comunicação escrita e telefônica. A partir disso, o conflito previsto no já citado inciso XII do artigo 5º da Constituição entre o direito à privacidade e o interesse público das investigações criminais, que dá ensejo à possibilidade de restrição do primeiro nos casos de comunicação telefônica, foi transformado e não se pode dizer que perdeu relevância, pelo contrário.

Soluções intuitivas para a questão posta apontariam para a ignorância da nova forma de conflito por inexistência de previsão constitucional ou para a interpretação por analogia, contudo nenhuma das duas hipóteses pode ser aceita. A primeira porque o conflito não pode quedar sem solução e a segunda porque a comunicação telefônica e a comunicação pela internet tem bem pouca coisa em comum, principalmente pelo fato de a interceptação da segunda poder dar acesso a um número bem maior de dados do que a violação da primeira. A resposta a este problema e de outros semelhantes deve, pois, ser elaborada a partir de pressupostos sólidos de interpretação constitucional, a fim de que não relegue o problema das colisões à condição de mera banalidade.

Não existe, contudo, unanimidade na doutrina da teoria externa sobre a como solucionar o problema da restrição aos direitos sem reserva legal. Em Portugal, onde a Constituição proíbe de forma expressa a restrição legal dos direitos sem reserva (Art. 18, n. 2<sup>150</sup>), Jorge Miranda, por exemplo, fala em buscar concordância prática e harmonização entre os direitos fundamentais, o que se daria por um juízo de prioridade de alguns em face dos restantes, operado por “*ponderação e balanceamento de bens jurídicos numa perspectiva material que tenha em conta a realidade subjacente das normas*” (MIRANDA, 2009, p. 327).

---

<sup>150</sup> Art. 18, n.2, CRP/76 - A lei só pode restringir os direitos, liberdades e garantias nos casos expressamente previstos na Constituição, devendo as restrições limitar-se ao necessário para salvaguardar outros direitos ou interesses constitucionalmente protegidos.

Em sentido semelhante é a doutrina do também português José Carlos Vieira de Andrade, que propõe a criação de leis restritivas, dirigidas a solucionar os conflitos normativos previstos pela Constituição e do que chama de leis harmonizadoras, direcionadas a solucionar os problemas de colisão não prefigurados pela Constituição. As leis restritivas atuariam nas brechas abertas pelas reservas legais e as leis harmonizadoras sobre os direitos sem reserva. Estas devem conter ainda previsões mais abertas do que as leis restritivas, de modo a tornar possível a ponderação de direitos diante do caso concreto (ANDRADE, 2012, p. 217 e 281)<sup>151</sup>.

Já na Alemanha onde há previsão específica sobre as restrições, mas não existe, como em Portugal uma vedação expressa às restrições independentes de reserva, segundo Pieroth e Schlink, a concepção dominante seria em favor de justificar as restrições ao âmbito de proteção dos direitos sem reserva legal, se elas compensarem as colisões com outros direitos fundamentais (PIEROTH; SCHLINK, 2012, §338), o que, de acordo com Vieira de Andrade, decorre da aceitação de uma “*reserva geral de colisão*” (ANDRADE, 2012, p. 280). Esta posição se alinha com a defendida por Martin Borowski que, muito embora, somente aceite restrições na área protegida pelos direitos fundamentais quando houver uma norma que as autorize, concebe a existência de uma salvaguarda implícita (BOROWSKI, 2003, pos. 1073) que poderia se amoldar com facilidade à ideia de reserva geral de colisão.

As três estratégias apresentadas devem, no entanto, ser rejeitadas. A ideia de concordância prática, a partir da organização em concreto dos direitos fundamentais, além de conceber hierarquia entre estes direitos, o que, em si, já é um problema, pois não há fundamentação para tanto (ANDRADE, 2012, p. 301), proporciona um alto grau de insegurança, na medida em que as ordens de preferência e concordância podem se

---

<sup>151</sup> O sentido de ponderação contido na doutrina de Jorge Miranda e José Carlos Vieira de Andrade não deve ser confundido com aquele dado ao termo por Alexy. Para Jorge Miranda, a ponderação de bens traz consigo a ideia de hierarquia que permite coordenar os direitos e subordinar uns a outros. Já para Vieira de Andrade, o sentido de ponderação diz respeito à possibilidade, prevista em lei, de não aplicação de uma norma em razão da avaliação de circunstâncias do caso, como no caso da norma penal portuguesa que permite a imputação de fatos ofensivos verdadeiros que sejam feitos para realizar interesses legítimos. Outro ponto que afasta os portugueses da teoria de Alexy é o fato de serem adeptos da teoria restrita do âmbito de proteção, de forma que seria impossível realizar sob a sua óptica o mandado de otimização tal qual formulado pelo autor alemão.

alterar de caso para caso. A proposta de Vieira de Andrade, por sua vez, nada acrescenta em termos de solução, pois apenas dá nome diverso às leis restritivas como forma de contornar a proibição inscrita na Constituição portuguesa. É assim também com a proposição de Borowski, porque dependente de um elemento criado apenas para justificar as restrições<sup>152</sup>. Tanto na ideia enunciada pelo português, quanto pelo alemão, a solução não parte da Constituição, mas de subterfúgios elaborados justamente para contornar as suas imposições.

Refuta-se, ainda a ideia de uma cláusula geral de colisão que autorize a restrição dos direitos sem reserva em todos os casos em que se identifique incompatibilidade entre o exercício de dois ou mais direitos fundamentais. Isso, pois a Constituição não controla os conflitos apenas pelas reservas, mas também pela sua unidade sistêmica. As restrições com recurso ao que a doutrina tem chamado de “direito de colisão” (DIMOULIS; MARTINS, 2011, p. 155), só poderiam ser justificadas nos casos em que seja possível identificar um conflito mesmo após a verificação dos limites do âmbito de proteção dos direitos envolvidos, premissa esta incompatível com a concepção de Borowski.

A solução alternativa sugerida por Pieroth e Schilink e reforçada por Dimitri Dimoulis e Leonardo Martins, passa pela limitação das áreas protegidas pelos direitos fundamentais, a partir da interpretação sistemática da Constituição – *teoria restrita do âmbito de proteção* – e pelo máximo cerceamento do legislador na tarefa de restrição dos direitos fundamentais (PIEROTH; SCHLINK, 2012, §343) (DIMOULIS; MARTINS, 2011, p. 151-152 e 155). Segundo esta maneira de ver o problema, as restrições nos direitos sem reserva somente são permitidas como exceção e quando resultarem da necessidade de solucionar conflitos entre normas de mesma grandeza, ou seja, ficam vedadas as restrições de direitos fundamentais em face da salvaguarda de normas constitucionais de competência, por exemplo (DIMOULIS; MARTINS, 2011, p. 155-156).

---

<sup>152</sup> No caso de Borowski, adepto da teoria ampla do âmbito de proteção, a possibilidade de restrição dos direitos sem reserva é imprescindível, pois diante da enorme amplitude da área protegida, uma vedação conduziria ao exercício ilimitado dos direitos fundamentais. Assim, segundo se entende, o seu argumento em favor das restrições deveria ser sólido o suficiente para sustentar toda a construção que decorre da opção pela ampliação da área protegida pelos direitos fundamentais. Porém, não parece que a necessidade de identificar normas implícitas que autorizem as restrições dos direitos sem reserva seja concreta o suficiente.



Esta proposta tem a vantagem de revelar as outras formas mediante as quais a Constituição pretendeu evitar conflitos normativos, ao evidenciar, pela via da restrição dos âmbitos de proteção, que muitos casos apontados como situações de conflito são, na verdade, apenas colisões em potencial para as quais a Constituição já previu uma solução. Porém, é certo que mesmo após a delimitação cuidadosa do âmbito de proteção dos direitos fundamentais, ainda subsistirão ocasiões nas quais haverá incompatibilidade para o exercício de dois ou mais destes direitos ou entre um deles e um princípio geral. Assim, Pieroth e Schlink admitem a restrição legislativa no âmbito de proteção dos direitos fundamentais, mas com a ressalva de que seja utilizada somente para dar resposta a estes casos residuais e quando estes casos tratem de conflito entre duas normas de mesma estatura (PIEROTH; SCHLINK, 2012, §345).

Esta concepção deve ser aceita, sobremaneira no Brasil, onde a Constituição previu no inciso II do artigo 5º<sup>153</sup> que as restrições às liberdades individuais só podem ser feitas por lei. Este imperativo reclama que, na hipótese de não ser possível solucionar o conflito normativo em potencial mediante a interpretação das previsões constitucionais, o recurso deve ser à atividade legislativa. Contudo, é preciso ressaltar que as restrições nos âmbitos de proteção dos direitos sem reserva deve se pautar sempre pela ideia de mínimo, ou seja, a restrição não pode se estender para além das situações de conflitos substancialmente demonstráveis e seu efeito deve ser o menor possível para o direito restringido. Além disso, tais restrições estão igualmente submetidas ao controle de proporcionalidade e aos demais limites impostos às restrições baseadas em reservas legais.

#### **4.4. Limites das restrições**

O fato de a Constituição autorizar restrições legislativas aos direitos fundamentais não significa que toda e qualquer restrição deste tipo possui validade. Este seria um problema menor sob o ponto de vista do positivismo clássico, a partir da ideia de validade formal, porém, não pode sê-lo quando se propõe a superação deste paradigma em favor do reconhecimento de juízos de validade substancial, operados a partir do conteúdo material dos direitos fundamentais. Nesta perspectiva, o controle substancial da atividade legislativa, principalmente daquela

---

<sup>153</sup> Art. 5º, II, CRFB/88 - ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei.

restritiva se torna um imperativo e representa a força normativa da Constituição em favor do equilíbrio necessário entre os poderes de uma democracia constitucional.

Para atender a este pressuposto de validade substancial, aceito sem grandes questionamentos no âmbito do constitucionalismo atual, é necessário, pois que existam instrumentos jurídicos aptos a evidenciar a força normativa dos direitos fundamentais, a partir da demonstração dos limites impostos pela Constituição às leis restritivas, de maneira que o âmbito de proteção destes direitos não esteja à mercê do arbítrio legislativo. Se fosse possível ao legislador atuar com grande liberdade sobre os direitos fundamentais, a área protegida poderia ser restringida a tal ponto que sequer faria sentido falar em proteção ou mesmo na existência de um direito (MARTINS, 2003, p. 29-30). Os instrumentos de resistência à arbitrariedade do legislador são o que a doutrina tem comumente chamado de “*limites dos limites*”<sup>154</sup>, e que se denominará aqui de “*limites das restrições*”, haja vista a opção feita por distinguir as expressões “*limites*” e “*restrições*”.

Na Alemanha e em Portugal alguns destes limites estão expressos no texto constitucional. No artigo 19, n.1 e 2 a Lei Fundamental de Bonn determina que as leis restritivas devem ter caráter geral e, em nenhum caso, devem violar o conteúdo essencial dos direitos fundamentais. A Constituição portuguesa de 1976, por sua vez, no artigo 18 n. 2 e 3, prevê que a legislação restritiva deve ter caráter geral e abstrato, não podem ter efeito retroativo ou diminuir o alcance do conteúdo essencial dos direitos fundamentais e devem se limitar ao necessário para a salvaguarda de outros direitos ou interesses constitucionalmente protegidos. Refere ainda sobre a impossibilidade de suspensão dos direitos fundamentais e a aplicação do princípio da proporcionalidade (art. 19, 1 e 4)<sup>155</sup>. E a Constituição da Espanha no artigo 9, n. 3 reforça a ideia de hierarquia constitucional em face da lei e do controle de arbitrariedade do poder público, além de exigir que a legislação de restrição não seja retroativa e no artigo 53, n. 1, determina

---

<sup>154</sup> Neste sentido, por exemplo: Ingo Wolfgang Sarlet (2010, p. 194); Dimitri Dimoulis e Leonardo Martins (2011, p. 158); José Carlos Vieira de Andrade (2012, p. 282); e Pieroth e Schlink (2012, §285).

<sup>155</sup> Pode-se interpretar em favor de uma menção ainda mais forte ao critério da proporcionalidade na Constituição portuguesa, em razão da vedação do excesso prevista no citado artigo 18 e também no artigo 272, n. 2 que trata da atuação dos agentes administrativos, haja vista que este é um dos pressupostos deste critério.

que estas leis deverão respeitar em todo caso o conteúdo essencial dos direitos fundamentais.

Dentre estes limites, a irretroatividade, generalidade e a vedação de suspensão não oferecem grandes dificuldades de compreensão. A proibição de retroação tem fundamento direito na segurança jurídica, pois antes da restrição legal o exercício do direito é pleno quando a conduta é protegida pelo âmbito de proteção. Já a generalidade garante o tratamento isonômico, evitando o privilégio e a perseguição, ao mesmo tem que reforça o caráter universal dos direitos fundamentais. E a vedação de suspensão tem fundamento lógico, pois se os direitos fundamentais impõem vedações e obrigações ao Estado como forma de concretizar o seu conteúdo material, não faria sentido permitir ao legislador suspender tal proteção a seu bel prazer<sup>156</sup>. Com a mesma simplicidade, porém, não se pode tratar da questão dos critérios da proporcionalidade e do conteúdo essencial.

Ambos os critérios não possuem conceitos jurídicos intuitivos ou mesmo descritos nos textos constitucionais citados, motivo pelo qual seu significado e modo de operação somente podem ser alcançados mediante análise teórica, o que se pretende fazer nos tópicos subsequentes. Este esforço, aliás, revela-se ainda mais importante para a realidade constitucional brasileira, haja vista que diferente das Constituições citadas anteriormente, a Constituição do Brasil não prevê de forma expressa a proporcionalidade e a garantia do conteúdo essencial como limites às leis restritivas. As referências mais importantes a possíveis limitações se encontram no já citado inciso II do artigo 5º (reserva legal) e na previsão de cláusulas pétreas do parágrafo 4º do artigo 60. A reserva legal pode ser compreendida como reserva de parlamento, para sugerir que as restrições aos direitos fundamentais só podem ser feitos com base na lei, sem que se possa delegar essa função à Administração e as cláusulas pétreas, como se verá, são o caminho adotado por alguns autores para chegar até o dever de proteção do conteúdo essencial.

---

<sup>156</sup> As Constituições preveem situações em que os direitos fundamentais podem ser suspensos parcial e temporariamente, em situações excepcionais como a guerra. Na Constituição brasileira estas situações estão reguladas nos artigos 136 e 137 que tratam do estado de defesa e do estado de sítio. Esta possibilidade, segundo Dimoulis e Martins, no entanto, não isenta a restrição de fundamentação (DIMOULIS; MARTINS, 2011, p. 158).

O fato de a Constituição não ter previsto limites expressos às restrições legislativas não pode, contudo, conduzir à ideia de que tais limites não existem. Sustentar o contrário seria aceitar uma Constituição dos legisladores, algo não é aceito sequer por autores neopositivistas como Ferrajoli que preveem a delimitação do alcance dos direitos fundamentais pela via legal<sup>157</sup>. Quando a Constituição brasileira de 1988 previu a dignidade da pessoa humana como fundamento do Estado (art. 1º, III) e a promoção do bem de todos como objetivo fundamental (art. 3º, IV), deixou certo que em sua sistemática existe protagonismo dos direitos fundamentais em relação a atuação estatal e, nessa esteira, a limitação substancial da atividade legislativa figura como imperativo essencial.

A primeira solução para a questão encontra-se nas limitações contidas nas reservas qualificadas e nas reservas legais negativas, por meio destes elementos, a Constituição expressa no próprio enunciado do direito alguns limites materiais, além dos quais não pode ir o legislador. É o que ocorre com as restrições impostas à lei que trate de interceptação das comunicações (art. 5º, XII) e do sigilo processual (art. 5º, LX) e também com a vedação de criação de norma que preveja a prisão civil, salvo em casos específicos (art. 5º, LXVII<sup>158</sup>) e a proibição de criar lei que exclua da apreciação do poder judiciário a lesão ou a ameaça de direito (art. 5º, XXXV<sup>159</sup>). As duas primeiras são limitações substanciais contidas em reservas positivas e a demais expressam reservas negativas e, assim, impõem barreiras intransponíveis ao legislador, cuja transposição forçada deve acarretar na declaração de inconstitucionalidade do instrumento legislativo restritivo.

Ocorre, todavia, que estas limitações não abrangem todas as situações em que o legislador poderá restringir o âmbito de proteção dos direitos fundamentais e, por vezes são insuficientes, inclusive, para o controle completo da atividade legislativa permitida pela reserva legal que os contém. Tome-se como exemplo uma lei hipotética que previsse a prisão civil somente para os casos previstos pela Constituição, mas

---

<sup>157</sup> A solução de Ferrajoli, como já se disse (tópico 4.1.), está na concepção das esferas do indecível, caracterizadas por serem zonas de não atuação (ou de atuação obrigatória no caso dos direitos de prestação) do legislador.

<sup>158</sup> Art. 5º, LXVII, CRFB/88 - não haverá prisão civil por dívida, salvo a do responsável pelo inadimplemento voluntário e inescusável de obrigação alimentícia e a do depositário infiel.

<sup>159</sup> Art. 5º, XXXV, CRFB/88 - a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito;

cominasse para estas situações penas maiores do que a impostas a crimes graves como o roubo. Esta norma não desprezaria os limites impostos pela reserva legal (somente prever a prisão civil para o alimentante que não paga a pensão ou para o depositário infiel), porém não parece que esteja em harmonia com o conteúdo material da Constituição, de forma que precisa ser ainda submetida a outras análises de validade substancial, a fim de auferir sua constitucionalidade.

Os outros instrumentos de avaliação da validade substancial não estão expressos textualmente na Constituição, o que não significa que nela não estejam contidos, algo que deve se depreender, já em princípio, mas não só, pela sua necessidade. A doutrina não é unânime sobre o assunto, porém, é possível identificar três elementos destacados que constituem efetivos limites às restrições e possuem plausibilidade no que diz respeito a sua fundamentação, os quais serão tratados nos tópicos seguintes. Tratam-se dos critérios da proporcionalidade, referido na Constituição portuguesa, da vedação ao retrocesso e do respeito ao conteúdo essencial dos direitos fundamentais que, como se observou, constitui imperativo contido também no texto constitucional português e no alemão. Além deles, merece menção também o limite material imposto pelo parágrafo 2º do artigo 5º ao prever existência de direitos e garantia oriundos dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte.

#### 4.4.1. Controle das restrições: princípio da proporcionalidade

A regra (ou critério)<sup>160</sup> da proporcionalidade como instrumento de controle das restrições aos direitos fundamentais teve origem na jurisprudência do Tribunal Constitucional alemão (SILVA, 2002, p. 31) e suas bases foram lançadas com detalhamento ainda nos anos sessenta por Peter Lerche (MARTINS, 2003, p. 19). Desde então, é um dos principais instrumentos utilizados para o controle de constitucionalidade da legislação restritiva na Alemanha (PIEROTH; SCHLINK, 2012, §289), tendo sido recepcionado no Brasil, sobretudo por influência ibérica (MARTINS, 2003, p. 17). Este sucesso não garantiu, contudo, a

---

<sup>160</sup> Virgílio Afonso da Silva explica que a proporcionalidade não se trata de um princípio, pelo menos não sob os pressupostos sustentados por Alexy, pois se aplica pela lógica do tudo ou nada, não admitindo otimização (SILVA, 2002, p. 25-28). No mesmo sentido Leonardo Martins (MARTINS, 2003, p. 17-18). Também a refutar a natureza de princípio à proporcionalidade, Humberto Ávila (ÁVILA, 2005, p. 112).

integridade da tese que desde muito é objeto de divergências e equívocos, principalmente no que diz respeito ao conceito de proporcionalidade e à estrutura operacional do critério.

Já na Alemanha, observa Leonardo Martins, o desenvolvimento teórico da proporcionalidade percorreu caminho tortuoso por conta da interação com concepções axiológicas acerca dos direitos fundamentais como aquelas elaboradas por Häberle, Müller e principalmente por Alexy. Tais desvios de curso se devem ao crescimento em importância do subcritério da proporcionalidade em sentido estrito que inexistia na concepção original cunhada por Lerche (MARTINS, 2003, p. 20). Este subcritério, na concepção de Alexy, operacionaliza a terceira e última fase de aplicação da proporcionalidade em sentido amplo (ALEXY, 2003, p. 6), porém, porque representa uma ponderação pautada pelo subjetivismo e, sob este pressuposto, dá a palavra final sobre a validade da norma restritiva, acaba contaminando todo critério com um grau inaceitável de irracionalidade (DIMOULIS, MARTINS, 2010, p. 214).

A crítica, no entanto, não tem ilidido diversos doutrinadores e tribunais constitucionais de considerar que, após o exame dos dois subcritérios clássico da proporcionalidade, a *adequação* e a *necessidade*, o julgador deve realizar um sopesamento entre os direitos em conflito, a fim de determinar qual dos dois tem um maior peso no caso e merece ser aplicado. Não se avançará, porém, neste debate. A aplicação desta terceira fase, a proporcionalidade em sentido estrito não representa mais do que o uso do método da ponderação, abordagem esta censurada de forma extensa nos dois capítulos anteriores, o que dispensa aqui maiores digressões. Cabe, então, apenas reforçar a desnecessidade e a impropriedade do método, em razão do seu índice elevado de subjetivismo, seu caráter não jurídico e falta de fundamentação constitucional<sup>161</sup>. Neste trabalho, portanto, a proporcionalidade será tratada como proibição do excesso, a partir de apenas dos subcritérios da *adequação* e da *necessidade*.

Outro debate pertinente sobre o conceito e a estrutura de aplicação da proporcionalidade diz respeito à sua confusão com o princípio da razoabilidade, este, como lembra Barroso, elaborado com seus principais contornos no direito constitucional norte-americano, no final do século XIX, com ganho de força, a partir dos anos 50, muito em razão da atuação de Earl Warren, presidente da Suprema Corte

---

<sup>161</sup>Para a crítica sobre diversos aspectos da ponderação, ver os tópicos 2.3.6; 2.3.7; e 2.4.

estadunidense entre 1953 e 1969 (BARROSO, 2006, 198-207). Esta questão se tornou relevante particularmente no Brasil, onde o princípio da proporcionalidade foi recebido aparentemente sem grandes contestações e tem sido aplicado de forma pouco criteriosa. Não são raros os casos em que o Supremo Tribunal Federal aplica os critérios da proporcionalidade e da razoabilidade em conjunto, quase como sinônimos, sem que haja qualquer subsunção dos fatos aos seus comandos. Em outros momentos, sua utilização é confusa a ponto de não ser possível concluir qualquer coisa sobre o que se quer dizer com proporcionalidade.

Exemplo destas impropriedades se encontra, por exemplo, no voto do Ministro Luiz Fux proferido no julgamento do Recurso Extraordinário n°. 636941/RS<sup>162</sup>, no qual se discutiu, com repercussão geral, a constitucionalidade dos dispositivos de lei que limitam o direito de imunidade tributária das entidades beneficentes de assistência social, em face das contribuições sociais, previsto no parágrafo 7º do artigo 195 da Constituição Federal<sup>163</sup>. Em certo momento de sua argumentação o Ministro afirma que os critérios utilizados pelas leis restritivas são mais severos do que os utilizados para conferir a imunidade em face de impostos (artigo 150, VI, c, CRFB/88) e em seguida diz o seguinte:

A definição dos limites objetivos ou materiais, bem como dos aspectos subjetivos ou formais, atende aos princípios da proporcionalidade e razoabilidade, não implicando significativa restrição do alcance do dispositivo interpretado, qual seja, o conceito de imunidade, e de redução das garantias dos contribuintes.

A análise da construção revela uma imprecisão ou, pelo menos, um questionamento que restou sem resposta. A aplicação do critério da proporcionalidade, também conhecido como proibição do excesso, tem como um de seus objetivos assegurar que as restrições impostas por lei sejam as menos gravosas possíveis (DIMOULIS; MARTINS, 2011, p. 202). Sendo assim, diante de duas normas constitucionais que preveem imunidades tributárias<sup>164</sup> em favor da mesma categoria de entidades<sup>165</sup>,

---

<sup>162</sup> Publicado no Diário de Justiça Eletrônico no dia 04/04/2014.

<sup>163</sup> Art. 195, § 7º, CRFB/88 - São isentas de contribuição para a seguridade social as entidades beneficentes de assistência social que atendam às exigências estabelecidas em lei.

<sup>164</sup> Ainda que o artigo 195 fale em isenção, entende-se que se trata de verdadeira imunidade, pois veda ao legislador ordinário a discricionariedade sobre a

era de esperar que as restrições, se proporcionais, fossem equivalentes. Por certo que seria possível convalidar algum desequilíbrio, mas somente se fosse possível justificá-lo, o que não fez o Ministro em seu voto.

Outro caso, contudo, desperta ainda mais curiosidade. Trata-se do voto do Ministro Joaquim Barbosa no julgamento do Recurso Extraordinário nº. 550769/RJ, no qual o Supremo Tribunal foi instado a se manifestar acerca da constitucionalidade do artigo 2º, II do Decreto-lei 1.593/77 que previa o cancelamento do registro especial necessário à fabricação e comercialização de cigarros, no caso de não-cumprimento de obrigação tributária federal, ou seja, continha restrição do direito ao livre exercício da atividade econômica. A análise do Ministro acerca da constitucionalidade do dispositivo veio nestes termos:

No jogo de sopesamento próprio do teste de proporcionalidade em sentido estrito teremos o seguinte quadro.

Dada a ambigüidade do texto legal e a conseqüente falta de calibração expressa, a norma extraída a partir da interpretação do art. 2º, II, do Decreto-lei 1.593/1977 será inconstitucional se atentar contra um dos três parâmetros constitucionais já apresentados: 1) relevância do valor dos créditos tributários em aberto, cujo não pagamento implica a restrição ao funcionamento da empresa; 2) manutenção proporcional e razoável do devido processo legal de controle do ato de aplicação da penalidade; 3) manutenção proporcional e razoável do devido processo legal de controle da validade dos créditos tributários cujo não-pagamento implica a cassação do registro especial.

Percebe-se que, ao julgar a matéria o Ministro Joaquim Barbosa entendeu que a restrição feita em face do não pagamento de qualquer

---

cobrança do crédito tributário. Constitui, pois, vedação permanente e inaccessível ao legislador ordinário, características não coincidentes com a das isenções.

<sup>165</sup> Art. 150, CRFB/88. Sem prejuízo de outras garantias asseguradas ao contribuinte, é vedado à União, aos Estados, ao Distrito Federal e aos Municípios: (...) VI - instituir impostos sobre: (...) c) patrimônio, renda ou serviços dos partidos políticos, inclusive suas fundações, das entidades sindicais dos trabalhadores, das instituições de educação e de assistência social, sem fins lucrativos, atendidos os requisitos da lei.



tributo e de qualquer quantia não seria proporcional (e razoável<sup>166</sup>), o que atende, como se verá adiante, a um subcritério da proporcionalidade em sentido amplo, a *necessidade*, muito embora não haja no voto qualquer menção nesse sentido. Porém, como se pode ver, tal argumento constou na fundamentação como parte da operação do subcritério da proporcionalidade em sentido estrito, que deveria ser marcada pela ponderação entre os valores envolvidos na questão e não pela avaliação da necessidade, o que demonstra, no mínimo, falta de rigor quanto à aplicação do princípio da proporcionalidade.

Além disso, somou o Ministro ao imperativo de necessidade, outros dois argumentos que podem ser reconstruídos da seguinte forma: *a restrição será proporcional em sentido estrito se o processo administrativo que convalidou os créditos tributários não pagos e conduziu à aplicação da penalidade tiver observado o devido processo legal de forma proporcional e razoável*. Em outros termos, a restrição será proporcional em sentido estrito, se os meios utilizados forem proporcionais e razoáveis, ou seja, trocou-se a espécie pelo gênero numa relação circular que não leva a lugar algum. Ainda neste mesmo voto, o Ministro refere que a falta de proporcionalidade e razoabilidade das medidas gravosas expressam a violação *dosubstantive due process of law*, fazendo referência a relação entre meios e fins que explica a razoabilidade, mas não inteiramente a proporcionalidade.

Em face destes exemplos e de tantos outros que se poderia citar, deve-se concordar com Virgílio Afonso da Silva quando diz que, muito embora, não raras vezes o Supremo Tribunal Federal brasileiro afirme a importância da aplicação do critério da proporcionalidade, também não são poucas as situações em que não parece disposto a aplicá-lo de forma estruturada (SILVA, 2002, p. 32). A fim de evitar incorrer no mesmo problema, ao sustentar a aplicação do princípio da proporcionalidade como método de controle das restrições aos direitos fundamentais é preciso ter consciência sobre o que ele significa (e o que não significa), sobre como seu uso é justificado constitucionalmente e sobre como ele se opera, a partir dos subcritérios. Somente assim, se poderá dizer que o controle operado tem base constitucional, sendo, desta forma, legítimo para realizar os juízos de validade substancial necessários. É disso, então, que se ocupam os próximos tópicos.

---

<sup>166</sup> As menções à proporcionalidade estão sempre acompanhadas de referência à razoabilidade, o que, por si, já revela certo desapego aos conceitos.

#### 4.4.1.1. *Proporcionalidade e razoabilidade*

O primeiro esclarecimento a fazer tem a ver com a já mencionada confusão entre os critérios de proporcionalidade e razoabilidade. A tomada dos dois elementos de interpretação como sinônimos é problemática, pois suas estruturas de aplicação são diversas. Assim, quando o Superior Tribunal Federal diz que as restrições aos direitos fundamentais devem ser proporcionais e razoáveis, sem aplicar analiticamente os critérios de um ou de outro, não se sabe o que, de fato, pretende dizer. A incerteza que paira sobre esta linha de argumentação omissa e imprecisa equivale à falta de fundamentação combatida no inciso IX do artigo 93 da Constituição brasileira, haja vista que impede ou dificulta sua contestação. Quando qualquer magistrado declara a inconstitucionalidade de lei sob o véu da proporcionalidade, da razoabilidade ou outro método de controle das restrições sem demonstrar sua argumentação, reveste sua decisão de arbitrariedade, a qual deve ser, por isso, considerada nula.

Para esclarecer a questão, aponta-se que a razoabilidade como critério utilizado no controle de constitucionalidade das leis começou a ser elaborada teoricamente no fim do século XIX nos Estados Unidos como suporte aos ideais do liberalismo econômico. Constituiu, pois uma forma de frear a intervenção legal do Estado na economia, compondo a recém-reconhecida dimensão substantiva do princípio do *due process of law*<sup>167</sup> (BARROSO, 2006, p. 201-202). Sob este pálio, a Suprema Corte norte-americana decidiu no caso *Lochner vs. New York* (1905) pela inconstitucionalidade do *Bakeshop Act* do estado de Nova Iorque que, com objetivo de regulamentar a atividade das padarias em favor de melhores condições sanitárias, proibia padeiros de trabalhar mais de 10 horas por dia ou 60 horas por semana. Segundo a decisão da Suprema Corte, a limitação de jornada estaria em descompasso com a Constituição porque restringia a liberdade de contratar ao mesmo tempo

---

<sup>167</sup> De acordo com Barroso, o princípio do *due process of law* é composto de dupla dimensão, a processual (clássica) que somente diz respeito às garantias estritamente processuais do contraditório e da ampla defesa e a substantiva, que se refere ao conteúdo das decisões. A primeira é bem mais antiga do que a segunda (BARROSO, 2006, p. 198-200). No mesmo sentido Timothy Sandefur: “*One must therefore inquire into the lawmaker's authority and the limits on that authority, both procedural and substantive, to determine whether an act satisfies the due process of law guarantee.*” (SANDEFUR, 2014, p. 314)

em que não atendia aos fins da norma<sup>168</sup> (BERNSTEIN, 2006, p. 1497-1499).

Antes disso, em julgamento datado de 1984 (*Lawton vs. Steele*<sup>169</sup>) a Suprema Corte já havia assentado que os meios utilizados pela lei devem ser razoavelmente necessários para o cumprimento de sua finalidade e não indevidamente opressivos sobre os indivíduos (POULSON, 1982, p. 268). Centrado nestes termos, o princípio da razoabilidade, fundamentado no *substantive due process* da 14ª emenda da Constituição norte-americana, teve significativa difusão até a grande crise econômica de 1929. No período que se sucedeu à quebra da Bolsa de Nova Iorque, houve retração no uso do critério, grande parte em razão da pressão feita sobre a Suprema Corte pelo governo dos Estados Unidos que pretendia aprovar leis restritivas sob o pretexto de reconstruir a economia do país. A retomada somente se deu nos anos 50 com destaque para os julgamentos de casos como *Griswold vs. Connecticut* (1965)<sup>170</sup> e o famoso *Roe vs. Wade* (1973)<sup>171</sup>, nos quais a

---

<sup>168</sup> Joseph Lochner provocou a Suprema Corte após ser derrotado em instancias inferiores, nas quais pleiteava a invalidade de duas multas (US\$25 e US\$50) percebidas por ter mantido em sua padaria, um funcionário trabalhando mais de 60 horas por semana. No voto condutor do apertado julgamento (5x4), o juiz Rufus Peckham asseverou que a limitação de jornada contida na lei restringia a liberdade de contratar e não contribuía para a o objetivo sanitário da lei, motivo pelo qual merecia ser objeto de controle segundo o princípio do *substantive due process of law* (BERNSTEIN, 2006, p. 1497-1499).

<sup>169</sup> Neste caso a Suprema Corte dos Estados Unidos foi chamada a decidir sobre a legalidade dos atos de Steele, um defensor dos peixes e dos jogos de pesca que, baseado em leis de proteção aos peixes, destruiu redes de pesca alocadas em locais proibidos. A Corte entendeu que, muito embora o estado de Nova Iorque pudesse fazer restrições ao direito de pesca, não podia autorizar os particulares a exercer seu poder de polícia (*Lawton v. Steele*, 152 U.S. 133 - 1894).

<sup>170</sup> Caso que envolveu uma lei de Connecticut que proibia qualquer pessoa de usar qualquer droga, artigo medicinal ou instrumento com a finalidade de impedir a gravidez. (*Griswold v. Connecticut*, 381 U.S. 479 - 1965)

<sup>171</sup> Em *Roe vs. Wade* a Suprema Corte decidiu pela inconstitucionalidade da lei anti-aborto do estado do Texas que previa como única possibilidade de interrupção voluntária da gravidez, aquela feita com indicação médica para preservar a vida da mãe. “Roe” como foi chamada a autora da ação alegava ter sido estuprada, como razão razoável para efetuar o aborto, argumento acatado pela Corte por 7 votos a 2. O pressuposto principal da decisão foi assim sintetizado pela Corte: “A *state criminal abortion statute of the current Texas type, that excepts from criminality only a life-saving procedure on behalf of the*

Suprema Corte reconheceu a proteção do direito à privacidade, o qual não consta expressamente no texto constitucional estadunidense (BARROSO, 2006, p. 203).

Também nestes casos, o principal argumento utilizado pela Suprema Corte dos Estados Unidos para declarar a inconstitucionalidade das leis atacadas foi a incompatibilidade entre os meios restritivos e os fins a serem alcançados. Estes são, pois, os termos que caracterizam a razoabilidade, os quais, contudo, são insuficientes para explicar a proporcionalidade. Por esse motivo, não se considera pertinente a afirmação de Barroso quando sustenta que ambos os critérios podem ser tratados como fungíveis, o que faz de forma consciente, pois reconhece que a proporcionalidade contém fases operacionais – *necessidade e proporcionalidade em sentido estrito* – que não são encontradas na estrutura da razoabilidade (BARROSO, 2006, p. 204).

Tão pouco se aceita o raciocínio empenhado por Sarlet que identifica pontos de contato entre a razoabilidade e a proporcionalidade em sentido estrito, dado que, supostamente, ambos os critérios estabeleceriam relação entre a importância do fim e a intensidade do meio empregado pelo instrumento restritivo (SARLET, 2010, p. 401). A razoabilidade não estabelece medidas de comparação entre importância do fim e intensidade do meio, sequer se preocupa, aliás, com a intensidade do meio, antes só com sua adequação ao fim pretendido e se este fim está dentre aqueles protegidos pela Constituição. Este raciocínio se opera em duas fases, a primeira interna na qual se avalia a capacidade dos meios atingirem os fins e a segunda externa que procura confrontar os meios com os fins admitidos pela Constituição (BARROSO, 2006, p. 207). Esta conformação, como salienta Virgílio, corresponde apenas ao primeiro dos três subcritérios da proporcionalidade, isto é, à exigência de adequação (SILVA, 2002, p.34) e tem pouco a ver, portanto com a proporcionalidade em sentido estrito.

O mais importante, contudo, desta conclusão é perceber que não há total identidade entre a estrutura dos dois critérios, motivo pelo qual a utilização da razoabilidade e da proporcionalidade como sinônimos nada acrescenta à compreensão dos pressupostos eleitos pelo magistrado para operar a argumentação dirigida a resolver o problema da validade

---

*mother, without regard to pregnancy stage and without recognition of the other interests involved, is violative of the Due Process Clause of the Fourteenth Amendment.” (Roe vs. Wade, 410 U.S. 113 - 1973).*

substantiva das leis que pretendem restringir o âmbito de proteção dos direitos fundamentais. Isto se resolveria, caso as decisões demonstrassem de forma analítica ou, pelo menos, clara a aplicação dos critérios eleitos através da especificação de suas etapas, porém, como visto nos exemplos retirados da jurisprudência do Supremo Tribunal Federal brasileiro, isto nem sempre acontece.

Além da referida discricão das etapas do processo de controle das restrições, tem-se como de fundamental importância para a conformação do suporte fático nos moldes sustentados neste trabalho, ou seja, aquela realizada a partir da limitação do âmbito de proteção e da justificação das restrições, que o uso de qualquer critério para a avaliação da validade substancial das normas restritivas, seja igualmente justificado. Não é sequer lógico que um critério utilizado como baliza para a declaração de constitucionalidade do que quer que seja, não tenha sua própria fundamentação constitucional. Este é, aliás, um dos motivos pelos quais se deve rejeitar o uso da ponderação e da proporcionalidade em três estágios, cujo fundamento depende de conceber a Constituição como uma (des)ordem de valores morais, o que não deve admitir. Em suma, o método de avaliação da constitucionalidade das leis restritivas deve ser fundamentado na Constituição, para que o julgamento não se converta em arbitrariedade.

#### 4.4.1.2. *Justificação constitucional da proporcionalidade na realidade constitucional brasileira*

Já se falou sobre a necessidade de controle substantivo das restrições sobre os direitos fundamentais e também acerca da inexistência de previsão expressa na Constituição que possa conduzir à eleição de algum critério específico. Resta, então, oferecer respostas a questão que surge da conjunção entre estes dois fatos: *qual ou quais critérios argumentativos são legítimos para resolver o problema, ou seja, qual ou quais possuem fundamento constitucional para realizar a avaliação material de constitucionalidade das medidas restritivas?* A menção a critérios, no plural, é proposital, pois se acredita que não há necessariamente apenas um argumento capaz de operacionalizar a tarefa em questão, o número de critérios utilizados pelo interprete, será o número de critérios que a Constituição ofereça, sob pena de omissão injustificável.

No que diz respeito à proporcionalidade, muitas são as estratégias de justificação encontradas na doutrina. Há quem, como Paulo

Bonavides, sustente haver diversos dispositivos no texto constitucional brasileiro a cobrar a aplicação específica do critério da proporcionalidade. Seria o caso, por exemplo, do inciso V do artigo 5º que assegura o direito de resposta proporcional ao agravo e do parágrafo 1º do artigo 45 que exige da lei estabelecer a composição da Câmara dos Deputados, de forma proporcional à população de cada estado (BONAVIDES, 2004a, p. 434). Este argumento é, no entanto, insuficiente, pois muito embora alguns dos dispositivos citados por Bonavides ofereçam indícios de que a proporcionalidade é uma baliza aceita pela Constituição, amaioria deles emprega a ideia de proporção num sentido comum, que não se refere à aplicação dos estágios de operação do critério.

Também é insuficiente a tentativa de Dimitri Dimoulis e Leonardo Martins em identificar nos parágrafos 1º e 2º do artigo 5º, “argumentos normativos” para justificar proporcionalidade. As funções dos dois dispositivos, no que diz respeito ao problema em questão, são outras, de não menos importância, mas não explicam o porquê de eleger a proporcionalidade como critério legítimo. O parágrafo 1º representa a força normativa das disposições referentes aos direitos fundamentais e, por isso, exige a vinculação da atividade legislativa ao conteúdo destes direitos. Já o parágrafo 2º abre as portas para que normas não expressas que decorram da estrutura normativa da Constituição possam ser adotadas pelo seu interprete. Denota-se, portanto, que ambos os parágrafos criam as condições para que se possa justificar o uso da proporcionalidade, mas não apontam para ela como solução.

Possivelmente estas são algumas das razões pelas quais, tanto Paulo Bonavides, quando Leonardo Martins e Dimitri Dimoulis não encerrem suas análises acerca da fundamentação constitucional nas possibilidades normativas. Na tarefa de ir além, contudo, somente Martins e Dimoulis alcançam respostas satisfatórias. Um dos argumentos não-normativos de Paulo Bonavides reproduz o que já se disse sobre o parágrafo 1º do artigo 5º, ou seja, que os direitos fundamentais possuem força normativa e, portanto, as intervenções nos seus âmbitos de proteção precisam ser controladas mediante avaliação substantiva. O outro se sustenta sobre a ideia de que toda legitimidade em matéria constitucional é mais política do que jurídica (BONAVIDES, 2004b, p. 131) e se resume em afirmar que a proporcionalidade é cânone do Estado de Direito tal qual é hoje concebido (BONAVIDES, 2004a, p. 436). Sobre este pressuposto, que também é defendido por Sarlet (SARLET, 2006, p. 396), entende-se que

o modelo de Estado de Direito constitucional pode exigir como condição essencial a supremacia da Constituição sobre a legislação infraconstitucional, porém dificilmente poderá determinar o modo como tal relação se dará. A apuração dos critérios de validade da norma só pode acontecer a partir do direito (não necessariamente do direito positivado), caso contrário, incorre-se no problema já discutido de sua sobreposição pela política ou pela moral, caso em que de nada adianta discutir argumentação jurídica.

Outra estratégia, para aqueles que identificam a proporcionalidade na razoabilidade é recorrer ao inciso LIV do artigo 5º que trata da garantia do devido processo legal (BARROSO, 2006, p. 217). Conforme já se explicou, é com base nesta garantia, *o due process of law*, que os norte-americanos sustentam a aplicação da razoabilidade. Contudo, ainda que no ordenamento constitucional brasileiro seja possível identificar no referido inciso um mandamento em favor do aspecto substantivo do processo legal, haja vista que o formal está previsto no inciso seguinte (Art. 5º, LV<sup>172</sup>), a disposição nada diz sobre o meio eleito para operar uma avaliação material de validade dos direitos fundamentais, quanto mais sobre a aplicação da proporcionalidade. E isto é evidente, pois, caso se adote a construção feita pela Suprema Corte dos Estados Unidos, estará se adotando o modelo da razoabilidade e não o da proporcionalidade.

Mais uma tentativa é a explicitada por Virgílio Afonso da Silva, que ilustra uma opção decorrente da teoria dos princípios. De acordo com o autor, a exigibilidade da regra da proporcionalidade decorre da estrutura dos direitos fundamentais<sup>173</sup>. Nestes termos, defende que caso se admita estes direitos como mandados de otimização destinados a serem realizados na maior medida possível, aparece como decorrência lógica a exigência de as restrições se efetivarem com o mínimo efeito nocivo para o direito fundamental, o que corresponde ao subcritério da necessidade. O dever de aplicar o terceiro subcritério, a proporcionalidade em sentido estrito (ponderação), por sua vez, se

---

<sup>172</sup> Art. 5º, LV, CRFB/88 - Aos litigantes, em processo judicial ou administrativo, e aos acusados em geral são assegurados o contraditório e ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes.

<sup>173</sup> Esta posição é compartilhada por Humberto Ávila que, muito embora, não se filie a teoria dos princípios na forma proposta por Alexy, sustenta que a caracterização dos princípios como deveres de otimização implica regras de colisão, cujo estabelecimento depende de uma ponderação (ÁVILA, 2001, p. 11).

justificaria pelo fato de que se há colisão entre direitos, a otimização só é possível mediante a comparação dos graus de realização de cada um deles diante do caso concreto (SILVA, 2002, p. 44-45).

O problema da proposta de Virgílio é que não existe o dever de otimização que a sustenta, não, pelo menos, nos termos sustentados pela teoria dos princípios. Conforme esta concepção, a ideia de máxima realização dos direitos fundamentais está vinculada à necessidade de comparações subjetivas entre os direitos em conflito e ao alargamento do âmbito de proteção destes mesmos direitos. Estes pressupostos, contudo, de acordo com o que já se pôde concluir neste trabalho, não têm respaldo constitucional. Assim, se a estrutura que serve de fundamento para a aplicação do princípio da proporcionalidade segundo as orientações de Virgílio não pode ser fundamentada, também não pode servir de fundamento para a aplicação do princípio da proporcionalidade. Nessa esteira, calha a lição de Pieroth e Schlink:

Uma tal pesagem e ponderação, no seio do TCF também designada como “*Jonglieren*” (“fazer equilíbrios”), carece de padrões racionais e vinculativos. Também a invocação da ordem de valores dos direitos fundamentais ou da Lei Fundamental se limita a afirmar um padrão, mas não o pode comprovar. Por isso, o controle da proporcionalidade em sentido restrito corre sempre o perigo de fazer valer os juízos subjetivos e os pré-juízos daquele que controla, apesar de todos os esforços de racionalidade. Não é justificável o fato de o Tribunal Constitucional Federal, que exerce o controle, colocar os seus juízos subjetivos acima dos do legislador controlado. Pelo contrário, nos casos em que apenas podem ser emitidos juízos meramente subjetivos, aí começam o âmbito e a legitimidade da política. (PIEROTH; SCHLINK, 2012, §303).

A posição sustentada pelos autores alemães somente reforça o que se vem dizendo acerca do perigo de substituir os juízos jurídicos oriundos da Constituição por outros descompromissados com qualquer campo do conhecimento e pior, erigir tais construções à categoria de fundamento essencial de toda a estrutura constitucional. Se este perigo existe e decorre de propostas como a de Virgílio, é preciso, então, encontrar outro fundamento de aplicação para a proporcionalidade ou descartá-la como solução para o problema do controle das restrições.



Cientes desta encruzilhada, Dimitri Dimoulis e Leonardo Martins sugerem que a proporcionalidade tem razão no próprio vínculo do legislador com os direitos fundamentais consubstanciado na ideia de que *“sua decisão política de tutelar (de certa maneira, privilegiar) um bem jurídico-constitucional em detrimento de outro só pode prevalecer se a forma desta escolha poupar o máximo possível o direito restringido”* (DIMOULIS; MARTINS, 2011, p. 179). Nesta concepção, a legitimação da proporcionalidade não decorre, pois, de um dispositivo constitucional, nem diretamente do Estado de Direito, tão pouco da estrutura das normas de direito fundamental, mas antes da própria força normativa da Constituição. E como decorrência lógica de uma proposta de Constituição eficaz do ponto de vista da realização dos direitos fundamentais, é a proposta que deve ser aceita.

A ligação lógica entre a força normativa dos direitos fundamentais e o critério da proporcionalidade se dá em razão deste controlar a atividade legislativa restritiva, de modo que as intervenções sejam as menores possíveis. Isso porque, se os direitos fundamentais estão concebidos na realidade jurídico-constitucional brasileira como elementos de resistência contra a ação estatal, não haveria sentido permitir que a ação estatal restritiva dos direitos fundamentais fosse maior do que a mínima possível. As situações de restrição, por si, já devem constituir exceções, haja vista a dificuldade de conceber a possibilidade de intervenção naquilo que já nasceu como barreira à própria intervenção. Contudo, diante da realidade dinâmica do tecido social regulado pelo direito constitucional e da consequente necessidade de solucionar situações de conflito não previstas, se admitem intervenções, mas somente na medida do estritamente necessário.

Isso não significa, é bom que se diga, que exista apenas uma possibilidade para o legislador operar uma restrição e que o interprete esteja autorizado a usurpar para si a discricionariedade legislativa. Limitar o nível de restrição ao mínimo possível não impede que dentre as medidas possíveis (adequadas) exista mais de uma capaz de preservar igualmente o direito restringido. A discricionariedade do legislador no caso de restrição reside, pois, em optar pela restrição e escolher uma das medidas adequadas. Desta forma, elimina-se o problemada sobreposição de poderes, pois a opção política, típica do exercício discricionário é exercida por quem de direito, o que não ocorre na proposta ponderacionista, que assume para o magistrado a função de determinar qual medida representa melhor custo-benefício com base em critérios arbitrários. Por outro lado, o juízo de validade substancial baseado na

proporcionalidade em sentido amplo, excluída a ponderação<sup>174</sup>, preserva, ou melhor, resgata o equilíbrio entre os poderes, que havia se perdido em favor do legislativo, em razão da ascensão dos postulados positivistas.

#### 4.4.1.3. Os subcritérios da proporcionalidade

Concluiu-se no tópico anterior que somente há fundamento constitucional para a aplicação do critério da proporcionalidade como forma de controle das restrições legislativas aos direitos fundamentais, caso se exclua de sua estrutura a necessidade de uso da ponderação. Em face disso, há apenas dois caminhos a seguir, admitir o uso direto da proporcionalidade ou sua utilização precedida da avaliação de licitude dos meios e fins submetidos aos subcritérios da *adequação* e *necessidade*. Até aqui já se justificou a primeira opção, de forma que restará apenas justificar a verificação de licitude.

Antes de apresentar os subcritérios é necessário, pois, observar que existem duas condições para a aplicação da proporcionalidade que, apesar de não serem consideradas subcritérios por não estabelecem relações entre meio e fim, são indispensáveis para o controle de constitucionalidade (PIEROTH; SCHILINK, 2012, §289). As leis restritivas que não obedecerem a estas duas condições serão desde já consideradas inconstitucionais, de forma que não fará sentido proceder a uma análise de proporcionalidade. Estas condições, a licitude dos meios e dos fins, também decorrem da necessidade de preservar a força normativa da Constituição, ou seja, o vínculo material estabelecido entre suas previsões e o exercício dos poderes estatais, pois não faria sentido permitir que se interviesse nos direitos de fundamentais sob pressupostos não quistos pelo ordenamento jurídico ou mediante meios igualmente reprováveis.

---

<sup>174</sup> Independente de tudo o que já se disse até sobre a ponderação, permanece interessante a observação de Pieroth e Schlink sobre o uso do sopesamento na prática do Tribunal Constitucional alemão: “*Também no Tribunal Constitucional Federal o controle da proporcionalidade em sentido restrito desempenha em teoria um grande papel, mas na prática apenas um papel reduzido; na prática, o controle da proporcionalidade é sobretudo um controle de necessidade. Se um bem ou interesse público apenas pode ser, na realidade, alcançado pelo elevado preço de uma ingerência nos direitos fundamentais, então pode-se ver precisamente aí a prova do seu elevado valor.*” (PIEROTH; SCHILINK, 2012, §304).

A avaliação de licitude, diferente do que a expressão sugere, não se limita a verificação dos fins e dos meios em face da lei, mas antes em relação a todo o ordenamento, respeitada a hierarquia normativa na qual a Constituição ocupa a posição mais superior (DIMOULIS; MARTINS, 2011, p. 188). Assim, em última medida, a avaliação sobre a licitude de meios e fins terá sempre como baliza a Constituição, contudo, nem sempre será necessário chegar a este nível de embate, pois muitas vezes a ilicitude será verificada em momento anterior. Ao analisar, por exemplo, os meios ou propósitos de determinado regulamento infralegal, é possível que sejam incompatíveis com os meios ou fins da lei que busca regular, assim, se tais meios ou objetivos legais forem constitucionais, os do regulamento não o serão.

É o caso do artigo 64 do Decreto nº. 3.048/99 que regula, no âmbito do Regime Geral de Previdência Social, a aposentadoria dos segurados que trabalharam expostos a condições que imponham risco à sua saúde. O dispositivo retira dos contribuintes individuais que não sejam filiados a cooperativas, os benefícios oferecidos pelos artigos 57 e 58 da Lei nº. 8.213/91, sob o pretexto de proteção do sistema de custeio da Previdência Social<sup>175</sup>. Por sua vez, o objetivo das previsões contidas nos artigos 57 e 58 é cumprir o dever constitucional específico de proteção das pessoas que trabalham expostas a riscos, previsto no parágrafo 1º do artigo 201 da Constituição Federal e o meio eleito é a concessão de aposentadoria mediante requisitos contributivos menos exigentes do que os impostos para os demais segurados. Tem-se, pois, que, muito embora possa se considerar lícito o fim do mencionado artigo 64, o meio eleito por ele é incompatível com o previsto legalmente, o qual tem fundamento constitucional. Desta forma, já na análise de legalidade estrito senso, é possível negar a validade da previsão regulamentar em questão.

---

<sup>175</sup> A alegação comum em favor da restrição contida no artigo 64 é a falta de custeio específico para os benefícios especiais em favor dos contribuintes individuais, haja vista que as empresas realizam contribuições de natureza específica em razão do número de funcionários que exercem atividades em situação de risco. Contudo, ainda que não fosse possível argumentar em favor da ilegalidade do Decreto nos termos expostos, não seria difícil justificar a inconveniência da disposição, pois, no Regime Geral de Previdência Social o custeio é, por disposição constitucional, solidário, ou seja, nenhuma contribuição é nominal. Assim, se as empresas contribuem de forma específica para o custeio dos benefícios especiais, não se pode falar em inexistência de fonte de custeio.

Todavia, ainda que se possa interromper a análise em avaliações intermediárias, não é possível prescindir da compatibilidade constitucional, o que não significa que o meio ou o fim deva ter lastro direto nas previsões constitucionais, sendo possível que o busque em outras normas do ordenamento. É certo, no entanto, que mesmo na hipótese de o fim ou o meio encontrarem base concreta em outra norma infraconstitucional, não podem divergir da Constituição, ou seja, é possível haver propósitos e meios cuja ilicitude decorre diretamente da interpretação da Constituição (DIMOULIS; MARTINS, 2011, p. 189). Tem escopo inconstitucional, por exemplo, a norma que pretenda restringir a liberdade de expressão em favor da prevalência da prevalência da opinião política do governo. Contém um meio contrário à Constituição, por seu lado, a lei que permita a tortura como forma de investigação criminal. No primeiro caso há completa deturpação da proteção prevista no inciso IV do artigo 5º<sup>176</sup>, pois se é dirigida em face do Estado, não pode ser justificada por um interesse subjetivo de governantes, já no segundo, a violação é direta ao inciso III do mesmo artigo 5º<sup>177</sup> que veda expressamente a prática de tortura.

Em todo caso, existe a necessidade de especificar o objeto de avaliação, o que se revela uma tarefa simples em relação aos meios, haja vista que geralmente estão expressos de forma clara em textos normativos, porém mais complexa no que diz respeito aos fins, pois não são raras as vezes em que se mostram por demais genéricos ou ainda desconectados de seus reais objetivos. A avaliação sob parâmetros genéricos dificilmente constituirá um filtro preciso e aquela feita sobre argumentos falsos, resultará inevitavelmente numa falácia. Portanto, não basta ao intérprete buscar o objetivo da medida restritiva nos documentos dos trabalhos legislativos, nas declarações de agentes políticos e mesmo nas exposições de motivos dos instrumentos legais. É imprescindível que interprete o instrumento de restrição em busca de seus escopos precisos. Somente, a partir da especificação dos meios e fins e da avaliação de sua licitude, é possível habilitar a medida restritiva ao controle de adequação (DIMOULIS; MARTINS, 2011, p.191) e permitir análises mais seguras das relações entre meios e fins no curso de aplicação da proporcionalidade (DIMOULIS; MARTINS, 2011, p. 193).

---

<sup>176</sup> Art. 5º, IV, CRFB/88 - é livre a manifestação do pensamento, sendo vedado o anonimato.

<sup>177</sup> Art. 5º, III, CRFB/88 - ninguém será submetido a tortura nem a tratamento desumano ou degradante.

O subcritério da adequação ocupa a primeira fase da proporcionalidade. Neste contexto, é adequado o meio que seja potencialmente capaz de realizar o fim pretendido (BRANCO; COELHO; MENDES, 2000, p. 250) ou, nos termos de Virgílio Afonso da Silva, aquele que é “*adequado para fomentar a realização do objetivo perseguido*” (SILVA, 2010, p. 170)<sup>178</sup>. Desta dupla conceituação é possível inferir ser necessário que haja prognósticos positivos acerca da possibilidade de ser o meio eleito apto para realizar o fim pretendido, ou, pelo menos, criar condições para tanto (BOROWSKI, 2003, pos. 1137). Contudo, não é preciso que tais prognósticos garantam o resultado, exigir tal garantia efetiva significaria praticamente anular a possibilidade de restrições, pois, é praticamente impossível prever as consequências exatas de medidas interventivas em qualquer contexto social (DIMOULIS; MARTINS, 2011, p. 196).

Os prognósticos exigidos para a avaliação da adequação podem ser mais ou menos complexos em razão das particularidades da medida interventiva e do objetivo a ser alcançado. Por vezes, bastará uma análise fundada na experiência, em outras situações será necessário recorrer ao parecer de especialistas, em função da complexidade da relação de causalidade que se quer verificar. As análises de menos rigorosas só deverão ser empreendidas, contudo, caso a eficácia da medida para atingir o fim destacado seja notória ou comprovada largamente por fatos pregressos (DIMOULIS; MARTINS, 2011, p. 197-198). Para além destas situações, a abordagem técnica será requisito essencial para o juízo de adequação, no que se permite um segundo momento de absorção de argumentos não jurídicos no processo de conformação do suporte fático dos direitos fundamentais. No seio do processo constitucional, a produção de tais análises caberá em primeiro

---

<sup>178</sup> Interessante também o conceito formulado por Canotilho: “*Com esta exigência (adequação) pretende-se salientar que a medida adoptada para a realização do interesse público deve ser apropriada para a prossecução do fim ou fins a ele subjacentes. Consequentemente, a exigência de conformidade pressupõe a investigação e a prova de que o acto do poder público é apto para e conforme os fins justificativos da sua adopção.*” (CANOTILHO, 1993, p. 382-383). Não menos importante, porém mais complexo, é o conceito de Pieroth e Schlink: “*Adequação significa que a situação que o Estado cria com a ingerência e aquela em que o fim prosseguido deve ser considerado como estando realizado se encontram numa relação proporcionada por hipóteses comprovadas sobre a realidade. No entanto, o meio não tem necessariamente de alcançar plenamente o fim, mas precisa facilitar.*” (PIEROTH; SCHLINK, 2012, §293).

plano às partes, porém nada impede (e é salutar que o faça) que o judiciário as busque pela indicação de peritos ou pelo instrumento das audiências públicas e que a sociedade traga subsídios na figura de *amicus curiae*.

Salienta-se aqui uma vez mais que os prognósticos não precisam ser absolutos, ainda que técnicos. Principalmente quando se trata de avaliações em concreto no curso do processo judicial, é comum que sejam apresentados ao interprete aplicador da norma estudos que apontam em sentidos contrários. Deste modo, no caso, será possível que o magistrado se depare com posições técnicas a sufragar a adequação da medida e com outras a rejeitá-la, caso em que deverá buscar subsídios para convalidá-las, o que poderá ser feito pelos métodos apontados acima, mas não só. Havendo argumentos suficientes a apontar para a solidez dos prognósticos positivos, ou seja, se é possível acreditar na capacidade do meio realizar o fim, deve-se passar à próxima fase de avaliação. Contudo, caso houver elementos suficientes para fazer crer que os prognósticos negativos são os mais plausíveis, a ponto de suscitar dúvidas acerca da potencialidade da medida, ela deve ser considerada inconstitucional<sup>179</sup>.

Verificada a adequação da medida restritiva, passa-se então para a próxima fase de aplicação da proporcionalidade, o juízo de necessidade. Para operar este subcritério o interprete deve analisar se não há outro meio apto a realização do fim pretendido que seja igualmente (ou mais) eficaz e menos gravoso para o direito restringido (BOROWSKI, 2003, pos. 1137). Classificar uma medida como necessária significa dizer, nesta medida, que não há outra situação que o

---

<sup>179</sup> Dimoulis e Martins afirmam que os casos em que haverá dúvida acerca da potencialidade de eficácia das medidas restritivas são reduzidos e defendem que nestes, deve-se prevalecer “a primazia da competência do legislador de experimentar com a realidade, permitindo que ele aprenda também a partir de prognósticos não confirmados.” (DIMOULIS; MARTINS, 2011, p. 199). Esta proposta deve ser rejeita, porque incoerente com a fundamentação constitucional da proporcionalidade. Se o controle das restrições pela via da adequação e da necessidade é permitido como forma de conferir maior proteção aos direitos fundamentais, não é possível que tais critérios convalidem aventuras legislativas lastreadas na restrição destes direitos. Talvez tal afirmação não fizesse sentido se o nível de confiança nas decisões do legislativo fosse elevado, dado um longo histórico pátrio de opções realizadas sob sólidos fundamentos técnicos, mas obviamente este não é o caso do Brasil. Não obstante, se já se afirmou aqui que as restrições constituem devem constituir exceções, a dúvida sobre o seus fundamentos deve refutá-las.

Estado possa igualmente criar sem grande dispêndio, que seja menos onerosa para o cidadão e que se encontre igualmente numa relação, proporcionada por hipóteses comprovadas sobre a realidade, com a situação em que se deve considerar como realizado o fim prosseguido (PIEROTH; SCHLINK, 2012, §295).

A avaliação de necessidade é, assim, um teste comparativo entre as medidas equivalentemente adequadas que, por isso, deve ser executada em dois momentos. No primeiro se pondera entre o potencial de eficácia da medida eleita e das medidas alternativas, restando para o segundo momento, somente as medidas igualmente ou mais eficazes em relação à escolhida. Já na segunda etapa se compara as medidas alternativas restantes, a fim de determinar se uma ou mais delas é menos gravosas para o direito restringido do que a medida eleita. No caso de equivalência entre as gravidades deve prevalecer a medida mais eficiente, se houver, caso não haja predomina a medida escolhida pelo legislador.

Virgílio Afonso da Silva diverge deste entendimento, pois considera que deve prevalecer sempre a medida mais eficiente. Nesse sentido argumenta que preferindo a dimensão do grau de restrição ao invés da dimensão do grau de eficiência, a resposta a todos os exames de necessidade já teria sido dada de antemão: seria a omissão do Estado, haja vista que esta é a forma menos restritiva de agir (SILVA, 2010, p. 172-173). Esta defesa, no entanto, só teria sentido se fosse lícito ao interprete assumir as rédeas de todos os poderes para decidir quando o legislador pode ou não agir e se não houvesse um teste de adequação.

Quando o legislador age restritivamente e apresenta como fundamentos razões e meios lícitos, então a omissão não é um resultado possível para o teste de proporcionalidade, pois se há permissão constitucional para restringir, não pode o juiz vedar a ação do legislador, sob pena de lhe retirar a discricionariedade. Ademais, se o legislador age de forma justificada para restringir determinado direito, só pode fazê-lo com o intuito de ser eficaz, este é o motivo da avaliação de adequação e também outra razão pela qual não se pode considerar a omissão como uma resposta possível, pois não poderia ser considerada conduta adequada. Além disso, não é possível obrigar o legislador a ser mais eficiente se isto implica em maior restrição do direito intervindo, afinal sua obrigação é justamente a de preservar o exercício dos direitos, tal qual previsto na Constituição.

Por evidente, em razão do alargamento dos âmbitos de proteção, este é um problema maior para a teoria dos princípios à qual se filia

Virgílio. Isso porque, deixando de visualizar as restrições constitucionais ao exercício dos direitos fundamentais, as colisões entre estes direitos são inevitáveis e frequentes, de forma que seu exercício no caso concreto demanda, muitas vezes, a restrição de outros direitos fundamentais. Este cenário somente se justifica quando se entende os direitos fundamentais como mandados de otimização, imperativo que cobra das restrições grande eficiência – *os direitos precisam ser concretizados na maior medida possível*. Desta forma, a medida restritiva M1 a um direito fundamental F1 somente justifica caso o nível de exercício que proporciona a outro direito fundamental F2 (eficiência) for maior do que o nível que retira do direito restringido F1, ainda que a restrição de F1 seja máxima.

Neste contexto, o que justifica a intervenção é o alto grau de eficiência da medida restritiva. Assim, caso se exija no controle de necessidade o descarte dos meios mais eficientes, em detrimento de um meio menos gravoso, a fase de justificação descrita acima – *proporcionalidade em sentido estrito* – perde o sentido. O problema é que, segundo esta perspectiva, se uma medida restritiva M2 for mais eficiente e mais prejudicial ao direito fundamental F1, do que a medida M1 eleita pelo legislador, M1 será considerada inconstitucional, mesmo sendo eficiente e preservando em maior nível o direito atacado, ou seja, a discricionariedade sobre a opção de intervenção, ainda que cautelosa, passa para as mãos do juiz que não tem legitimidade para tanto. Esta escolha é, em abstrato, da Constituição e em concreto do legislador e é intransferível.

Outra questão que se coloca em relação à ponderação de meios diz respeito ao custo para o Estado. Nesta medida, questiona-se se a comparação só pode ser possível entre meios igualmente onerosos. De acordo com Dimoulis e Martins, a resposta majoritária da doutrina alemã a este questionamento é positiva, contudo, sua posição é discordante, por não haver razões para tanto (DIMOULIS; MARTINS, 2011, p. 208). Entende-se plausível a posição dos autores brasileiros, porém, uma resposta mais apurada sobre a questão dependeria de um extenso debate acerca da aplicação da reserva do possível também nesse caso. Assim, como não há consenso sequer sobre a possibilidade de aplicar a reserva do possível na conformação do suporte fático dos direitos de prestação, limita-se aqui, a se posicionar em favor da exclusão das medidas que sejam impossíveis ou absolutamente desproporcionadas do ponto de vista da onerosidade. Nesta linha, mesmo que a colocação de policiais em todas as ruas de uma cidade seja



considerada uma medida tão eficiente quanto a instalação de câmeras de vigilância e menos restritiva da privacidade, pois não permite gravações, o elevadíssimo custo da medida a eliminaria da ponderação de meios.

#### 4.4.2. Outras limitações das restrições

Muito embora fundamentada constitucionalmente e bastante eficiente, a proporcionalidade não é o único limite das restrições mencionado pela doutrina. Ao seu lado figuram outros instrumentos que merecem análise pelo grau de relevância em outros contextos constitucionais ou por constituírem elementos de importantes transformações em curso no âmbito do constitucionalismo. À primeira categoria pertence a garantia do conteúdo essencial e à outra, a vedação do retrocesso e as limitações impostas por tratados internacionais, esta, talvez, a mais relevante diante das transformações do modelo de Estado impostas por importantes mudanças de paradigma no contexto das relações internacionais e por decorrer de previsão constitucional.

##### 4.4.2.1. Conteúdo essencial

A existência de um conteúdo essencial dos direitos fundamentais que sirva de limite intransponível para a atividade Estatal, em especial à ação restritiva empenhada pelo legislador, é um tema comum para doutrina constitucional da Europa continental, principalmente daqueles países cujas Constituições contem previsão expressa de preservação deste conteúdo. No Brasil, talvez pela inexistência de previsão semelhante, as discussões ainda são pouco frutíferas, muito embora sejam recorrentemente lembradas nos trabalhos que tratam da dogmática dos direitos fundamentais. Boa contribuição para os debates no Brasil ofereceu Virgílio Afonso da Silva em trabalho já nem tão recente<sup>180</sup>, mas que, dada a excelente sistematização do assunto, contribui sobremaneira para a orientação de uma análise sobre a questão. Nesta obra Virgílio destacou alguns pontos importantes de discussão para a compreensão do tema como o dimensionamento do critério e a cisão importante entre as compreensões absolutas e relativas acerca do conteúdo essencial. Nesta abordagem, estes temas serão acompanhados das razões de justificação constitucional do critério, questão esta de enfrentamento incondicional.

---

<sup>180</sup> Refere-se aqui à obra já tantas vezes citada: *Direitos Fundamentais: conteúdo essencial, restrições e eficácia*, cuja primeira edição data de 2009.

A consagração pela realidade constitucional de um limite às restrições legislativas, vinculado ao conteúdo essencial dos direitos fundamentais é um problema maior no Brasil do que nos países citados anteriormente, contudo, não se pode dizer que é algo tão complexo ou que possa impedir sua aceitação. Se fosse assim, não se poderia admitir a aplicação do critério da proporcionalidade, no entanto, mesmo autores que refutam a ideia de conteúdo essencial por inexistência de previsão constitucional como Dimoulis e Martins (2011, p. 159-160), são amplamente favoráveis ao uso deste critério. Há, aliás, maiores razões positivadas a indicar a importância do conteúdo essencial do que há em favor da proporcionalidade, como se verá adiante.

Assim como ocorre no caso da proporcionalidade, a garantia do conteúdo essencial tem fundamento lógico na razão de existência dos direitos fundamentais. Uma vez que são opostos ao Estado como forma de garantir bens considerados indispensáveis, os direitos fundamentais devem ser resistentes às restrições e ainda mais duros em face das tentativas de sua eliminação ou desconsideração pelos poderes constituídos. Por esta razão não é forçoso pensar que tais direitos devam ser constituídos em última medida por um núcleo essencial, que evidencie o último limite onde o legislador pode ir, na sua função de restrição, sem que fulmine o direito por completo. Neste sentido, a garantia do núcleo essencial é a proibição, dirigida ao Estado, de esvaziamento por completo do âmbito de proteção dos direitos fundamentais<sup>181</sup> e como tal, decorre da Constituição que ao prevê-los certamente não pretendeu que fossem eliminados<sup>182</sup>.

Reforça este entendimento na realidade constitucional brasileira, a noção de cláusula pétrea que encontra fundamento positivo no inciso IV do parágrafo 4º do artigo 60 da Constituição de 1988. O dispositivo prevê que não será objeto de deliberação a proposta de emenda tendente a abolir direitos e garantias individuais, no que se constitui como claro limite ao constituinte derivado. Porém, se a possibilidade de abolição

---

<sup>181</sup> É a posição de Pieroth e Schlink: “só há motivo para fazer perguntas quanto àquilo que não pode de modo nenhum deixar de ser protegido por um direito fundamental, quando as ingerências no direito fundamental se tornarem tão intensas que seja ameaçado o seu próprio desaparecimento.” (PIEROTH; SCHILINK, 2012, §314). Em igual sentido, dentre outros: Sarlet (2010, p. 402); Schier (2010, p. 7085) e Ana Maria Lopes (2004, p. 7-8).

<sup>182</sup> Esta não significa, em absoluto, uma posição acerca do debate que se tem travado na doutrina constitucionalista sobre a disponibilidade dos direitos fundamentais pelos seus próprios titulares.

dos direitos não está inclusa no poder de emenda da própria Constituição, quanto menos poderia estar no poder de restrição legislativa (SCHIER, 2010, p. 7085)<sup>183</sup>. Contudo, este não é o fundamento para a garantia do núcleo essencial, menos ainda sua previsão, trata-se como dito, apenas de reforço à sua fundamentação, ou seja, ela existiria ainda que o parágrafo 4º do artigo 60 não existisse.

Firmada a posição em favor do reconhecimento da ideia de núcleo essencial como limite para as restrições aos direitos fundamentais, a questão que se coloca é se tal limite opera numa dimensão subjetiva ou objetiva. Isto equivale a questionar, como fez o Tribunal Constitucional Alemão, se a garantia do núcleo essencial “*proíbe a supressão completa de um núcleo do direito fundamental no caso concreto ou se apenas pretende impedir que seja atingido o núcleo essencial do direito fundamental enquanto tal*” (PIEROTH; SCHILINK, 2012, §315). A segunda dimensão, objetiva, segundo Virgílio compreende a disposição do referido parágrafo 4º do artigo 60 da Constituição brasileira, razão pela qual não haveria vantagem no reconhecimento da garantia neste plano (SILVA, 2010, p. 186). Pieroth e Schlink, por sua vez, defendem que a dimensão varia conforme o tipo de direito, aqueles cujo exercício não admite meio-termo – *a vida, por exemplo* – são protegidos no plano objetivo, já os que admitem – *como a integridade física* –, no plano subjetivo (PIEROTH; SCHILINK, 2012, §317-318). Ambas as observações tem pertinência, mas não oferecem uma resposta definitiva à questão. Deverá sim haver um tratamento diferenciado em relação as categoria apresentadas por Pieroth e Schilink, no entanto, não é possível deixar ao livre arbítrio do legislador a possibilidade de restrição de direitos como a vida, de forma que as hipóteses em que tais direitos fundamentais podem restringidos – *o que significa sua eliminação* – somente podem ser as previstas na Constituição. Com relação aos demais direitos, deve-se aceitar a proposta de Pieroth e Schilink, o que, de fato, significa aceitar a posição de Virgílio, pois a garantia do núcleo essencial sempre se dará no plano subjetivo.

---

<sup>183</sup> Schier sustenta ainda haver razões pedagógicas para a aceitação da garantia do núcleo essencial na realidade jurídica brasileira marcada ainda por visões por demais positivistas. A imposição de reconhecimento de um núcleo essencial fomentaria uma maior percepção dos aplicadores da norma acerca dos direitos não positivados e da necessidade de maior esforço interpretativo (SCHIER, 2010, p. 7087-7088). Considera-se o argumento interessante, contudo questiona-se a eficácia da medida.

Esta opção se justifica, pois os direitos de defesa operam, em primeiro plano, na dimensão subjetiva como garantias do indivíduo em face da ação estatal. Assim, como a vedação de esvaziamento completo do âmbito de proteção somente no plano objetivo não garante que não aconteça o mesmo no plano subjetivo, pois é possível preservar condutas, posições ou estados jurídicos importantes apenas para alguns indivíduos, ao mesmo tempo em que se eliminam situações relevantes para os demais, a garantia do núcleo essencial apenas neste plano não poderia ser justificada constitucionalmente, afinal não seria capaz de prevenir o esvaziamento dos direitos para os seus titulares.

Resolvidos, pois, os problemas de fundamentação e de aplicação, resta ainda saber se o núcleo essencial é absoluto ou relativo. Esta oposição, segundo Sarlet, diz respeito a conceber o núcleo essencial como mais um filtro ao lado da proporcionalidade ou como integrado a ela (SARLET, 2010, p. 403). Nos termos de Vieira de Andrade, se trata de saber se o núcleo essencial constitui uma esfera rígida de proteção definida em abstrato, o que chama de “coração do direito”, ou se é definido a cada caso concreto (ANDRADE, 2012, p. 282-283). Também aqui não há unanimidade em relação a esta questão e é fácil inferir que os adeptos da teoria dos princípios, como Virgílio, se vinculam à segunda opção, haja vista que admitir a construção de um núcleo essencial em abstrato implicaria em restrição do âmbito de proteção em face das restrições, o que impediria a execução do mandado de otimização em sua plenitude.

Para Virgílio, sustentando os pressupostos da teoria relativa, o conteúdo intangível do direito fundamental depende das circunstâncias do caso concreto, sendo, portanto variável de acordo com a ponderação que decidirá sobre a legitimidade da restrição em questão (SILVA, 2010, p. 196-197). Ocorre que, se a intangibilidade só é definida depois de resolvido o problema das restrições por meio da proporcionalidade, então o núcleo essencial não tem qualquer função dogmática e não pode ser considerado um limite, tão só o resultado da aplicação destes limites. Em outros termos, apenas repete o princípio da proporcionalidade e este, além disso, no critério, questionável, da proporcionalidade em sentido restrito (PIEROTH; SCHILINK, 2012, §313). Sob esta perspectiva, o conteúdo essencial será sempre o que sobrar de exercício para o titular do direito restringido, o que não raras vezes significa coisa alguma, ou seja, admitir a perspectiva relativa para o conteúdo essencial significa aceitar que certas vezes ele não existe. Porém, como tal inexistência

resulta em exclusão de direito não prevista na Constituição, esta é posição não se sustenta.

Isto implica em aceitar a posição contrária, ou seja, a que concebe a existência de um conteúdo definido em abstrato que não pode ser tocado pelo legislador, o qual define o núcleo essencial. Os limites deste núcleo, como já se disse, são as fronteiras que determinam a partir de quando o exercício do direito pelo seu titular não mais é possível. Estas bordas, contudo, só podem ser definidas direito por direito, a partir da observação de seu âmbito de proteção e formas de exercício. Há, contudo, outras estratégias para a definição do núcleo essencial, José Carlos Vieira de Andrade, apresenta a mais relevante, ao sustentar que os seus limites se encontram no princípio da dignidade da pessoa humana. Segundo o autor português, o imperativo de dignidade determina garantias mínimas de valor no interior de cada âmbito de proteção. Deste modo, a proteção de certas condutas, estados ou posições jurídicas efetivadas por cada direito fundamental é também resultado da normatividade da dignidade, sendo estas as situações abrangidas pelo núcleo essencial (ANDRADE, 2012, p. 284-286).

Considera-se, porém, que a dignidade da pessoa humana funciona no ordenamento constitucional brasileiro como elemento fundante dos direitos fundamentais e como tal não se liga apenas a algumas condutas, estados ou posições jurídicas, mas antes com a existência de cada direito, de forma que não pode ser utilizada como medida para o núcleo essencial, tão só como parte do fundamento de sua existência. As hipóteses de incidência direta do direito à dignidade são, desta forma, reduzidas e estão relacionadas, na maioria das vezes, com vedações constitucionais expressas, como a proibição de tortura e de penas degradantes. É bem verdade, como salienta Virgílio, que seu uso tem sido supervalorizado pelo judiciário, porém isto não contraria o que foi dito, apenas que, segundo o entendimento aqui adotado, muitos destes empregos devem ser considerados inadequados ou exagerados, é também a posição do referido autor (SILVA, 2010, p. 194).

#### 4.4.2.2. *Vedação ao retrocesso*

Acentua Patryck de Araújo Ayala que a vedação do retrocesso *“aponta para uma proibição da reversão no desenvolvimento dos direitos fundamentais, e para uma garantia de não-retorno a graus de proteção que já tenham sido ultrapassados.”* (AYALA, 2011, p. 257). Esta ideia, aplicada aos direitos de defesa, parece conflitar com a possibilidade de restrição aos direitos fundamentais de que vem se

tratando aqui, afinal toda restrição a uma posição de defesa terá que ser considerada como um retrocesso dos níveis de proteção. Bem por isso, tal limitação tem sido estudada amplamente naquilo que tange aos direitos de prestação, referindo sobre a impossibilidade de o Estado reduzir conteúdos de proteção já alcançados mediante políticas públicas.

Porém, cabe lembrar que não são poucos os autores como José Carlos Vieira de Andrade (ANDRADE, 2012, p. 108-109) e Paulo Gustavo Gonet Branco (BRANCO; COELHO; MENDES, 2009, p. 300) que reconhecem uma dimensão objetiva para os direitos fundamentais de defesa. Neste plano, segundo os autores, estes direitos impõem ao Estado a efetivação de medidas de proteção gerais, capazes de propiciar condições à preservação dos bens protegidos. Tem-se aí verdadeira pretensão de eficácia protetiva, a qual, conforme Sarlet é o principal objeto dos limites estabelecidos pela vedação ao retrocesso (SARLET, 2010, p. 347), de forma que é possível pensar neste instrumento como limitação ao legislador, mesmo em relação aos direitos de defesa. Contudo, não se tratará aqui de limites às restrições, a menos que se admita a revogação de uma norma protetiva como restrição, o que não é de todo impossível.

Outra influência da vedação ao retrocesso na questão das restrições seria, por meio desta garantia, impedir que as restrições sejam realizadas pelo legislador, sem que haja uma contrapartida para o titular do direito fundamental que signifique a manutenção de seu status geral de proteção. O que significaria dizer que as restrições só seriam possíveis em benefício da coletividade a que o titular do direito restringido pertence. Como exemplo, é possível recorrer novamente ao exemplo das câmeras de vigilância pública, pois ao mesmo tempo em que o titular do direito perde parte de sua privacidade, ganha com o aumento da segurança pública. Todavia, muito embora o objetivo de tal limitação seja legítimo, falta-lhe um critério de aplicação que não dependa da ponderação entre a importância da privacidade e da segurança pública. Se for possível pensar em outro meio de aplicação e se puder justificá-lo constitucionalmente, então o assunto poderá ser retomado.

#### *4.4.2.3. Tratados internacionais (art. 5º, §2º)*

O Estado fundado sob a ideia de soberania tem perdido sua força com cada vez mais ênfase. Conforme assinala Arno Dal Ri Jr., “o processo de globalização com a intensificação das relações de troca, de comunicação e de trânsito para além das fronteiras, fizeram com que o

*Estado nacional delineado pelos modernos mostrasse as suas mais íntimas fragilidades”*(DAL RI, 2010, p.17). Diante deste cenário, é inevitável que o direito internacional, o qualhá muito já orienta a disciplina dos direitos fundamentais em diversos países, inclusive no Brasil, assumacada vez mais um papel de maior relevância no tratamento destes direitos no plano interno. A partir desta premissa, é possível discutir o alcance do disposto no parágrafo 2º do artigo 5º da Constituição Federal que enuncia o seguinte: “*Os direitos e garantias expressos nesta Constituição não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados, ou dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte*”.

Não se trata aqui, pois, de discutir os efeitos da aprovação dos tratados e convenções internacionais sobre direitos humanos na forma do parágrafo 3º do mesmo artigo 5º<sup>184</sup>, introduzido no contexto constitucional brasileiro por força da Emenda Constitucional nº. 20 de 2004, pois sobre esta questão não devem pairar grandes dúvidas, haja vista que estes tratados e convenções, após a recepção passam a integrar a Constituição e, assim, tornam-se conformadores do âmbito de proteção de verdadeiros direitos fundamentais constitucionais. O debate proposto é em relação àqueles tratados e convenções que, igualmente versem sobre direitos humanos, mas não ainda não foram recebidos em nosso ordenamento como legítimas emendas à Constituição.

O que se propõe como possibilidade, é a utilização dos tratados e convenções sobre direitos humanos dos quais o Brasil é signatário, como instrumentos de limitação às restrições de direitos fundamentais realizadas pelo legislador. Esta discussão perpassa a questão sobre a necessidade de internalização, como forma de conferir eficácia aos tratados e convenções, contudo não é dela dependente. Seja pela adoção de uma posição monista que rejeite esta necessidade ou dualista que a exija<sup>185</sup>, de alguma forma deverá ser admitida a eficácia destas normas,

---

<sup>184</sup> Art. 5º, § 3º, CRFB/88 - Os tratados e convenções internacionais sobre direitos humanos que forem aprovados, em cada Casa do Congresso Nacional, em dois turnos, por três quintos dos votos dos respectivos membros, serão equivalentes às emendas constitucionais.

<sup>185</sup> Calha a observação de Beatrice Guimarães Nóbrega: “*No caso do Estado brasileiro, seja no referido primeiro momento seja no segundo, a Constituição da República Federativa do Brasil, de 1988, não faz clara menção em seus dispositivos sobre o posicionamento adotado pelo Estado brasileiro acerca dessa relação (direito internacional/direito estatal). Apenas expressa em alguns de seus dispositivos certas questões referentes aos tratados: art. 5, §2 e §3; Art.*

momento, a partir do qual seria possível instrumentalizá-las no sentido de frear a ação do legislador. Para assumir esta posição, no entanto, é preciso reconhecer a superioridade hierárquica dos tratados e convenções em face da lei.

Este reconhecimento, além de ser absolutamente plausível diante do quadro descrito no parágrafo inicial deste tópico, também encontra fundamento no referido parágrafo 2º do artigo 5º, na medida em que ele trata as disposições dos tratados internacionalmente equiparação aos direitos e garantias expressos na Constituição, o que lhes confere posição superior em relação à legislação infraconstitucional e, portanto, capacidade para limitá-la. Um reforço a este entendimento pode ser retirado do que dispõe o parágrafo 5º do artigo 109<sup>186</sup>, pois reafirma a importância das disposições sobre direitos humanos que constem nos tratados. Porém, ainda que existam indícios que apontem para a validade deste método de limitação às restrições, entende-se que sua completa aceitação demandaria, no momento, um estudo mais apurado que não cabe nos limites propostos para este trabalho.

#### 4.5. Conclusão

O objeto deste último capítulo era avaliar a possibilidade de o legislador operar restrições aos âmbitos de proteção dos direitos fundamentais e em caso de resposta positiva, analisar como se justificam

---

49, I; art. 84, VIII; art. 102, III, b. Devido à falta de um dispositivo que explicitamente determine qual o tratamento a ser dado à relação entre direito internacional e direito estatal brasileiro, resta, portanto, aos tribunais nacionais tal incumbência.” “Nesse sentido, Mazzuoli adverte que o Supremo Tribunal Federal (STF) assume uma posição dualista moderada. Segundo Mazzuoli, tal posição deve-se porque o STF não tem exigido a transformação do tratado em uma lei estatal. Mas sim que o tratado após sua aprovação pelo Congresso Nacional e a troca dos respectivos instrumentos de ratificação seja promulgado internamente, por meio de um Decreto de execução presidencial. Não se exige, portanto, que o tratado seja transformado em uma lei estadual, apenas sua promulgação por meio de um Decreto executivo.” (NÓBREGA, 2010, p. 174-175).

<sup>186</sup> Art. 109, § 5º, CRFB/88 - Nas hipóteses de grave violação de direitos humanos, o Procurador-Geral da República, com a finalidade de assegurar o cumprimento de obrigações decorrentes de tratados internacionais de direitos humanos dos quais o Brasil seja parte, poderá suscitar, perante o Superior Tribunal de Justiça, em qualquer fase do inquérito ou processo, incidente de deslocamento de competência para a Justiça Federal.



e operam tais intervenções. Este escopo demandou a avaliação das teorias que a doutrina tem chamado *interna* e *externa*, haja vista que seu ponto de divergência reside justamente entre permitir ou não as restrições. Neste particular, a posição adotada é pela teoria externa, haja vista a necessidade de reconhecer conflitos normativos oriundos do exercício dos direitos fundamentais e dado o maior grau de fundamentação oferecido nessa perspectiva, quando em conjunto com a teoria restrita do âmbito de proteção defendida no capítulo anterior.

Uma vez feita esta opção que, segundo se entende, não decorre de mero arbítrio, mas de consequência lógica das conclusões a que se chegou nos capítulos anteriores, foi necessário demonstrar em que situações são possíveis as restrições legislativas e de que forma seu conteúdo material deve ser controlado, a fim de que se mantenha o vínculo entre o legislador e os direitos fundamentais. Sobre esta questão se reitera o caráter de excepcionalidade das restrições, reservados os casos de reserva legal simples e qualificada, em oposição aos que sustentam as teorias que defendem a existência de âmbitos de proteção amplos, para as quais os direitos fundamentais dependem das restrições – *controladas pela ponderação* – para adquirir normatividade.

Por fim, tratou-se sobre o controle das restrições, necessário para que, diante da possibilidade de restrição, seja exigida do legislador atuação coerente com os objetivos constitucionais e os direitos fundamentais não fiquem à mercê do arbítrio legislativo (CANOTILHO, 1993, p. 171). Este objetivo é cumprido pelo uso correto dos instrumentos de limitação das restrições com ênfase para o uso da proporcionalidade em dois estágios, o que não significa dispensar a garantia do mínimo existencial, a vedação do retrocesso e o conteúdo dos tratados e convenções sobre direitos humanos. A opção pela aplicação do critério da proporcionalidade em dois estágios, excluído, portanto, a avaliação de proporcionalidade em sentido estrito, também decorre das conclusões a que se chegou nos capítulos anteriores sobre as deficiências metodológicas do método da ponderação e sua falta de fundamentação constitucional.

Acredita-se que a partir da adoção destes pressupostos é possível aderir um maior grau de dinamicidade à normatividade constitucional sem que, contudo, seja necessário abrir mão das decisões legislativas em favor de um direito todo construído pelo judiciário sob bases pouco sólidas, construídas a partir de opções morais travestidas com roupagem jurídica. A permissão das restrições, somada aos controles de validade substantiva, aliás, não só preserva um nível ideal de discricionariedade,

como também resgata a força da atuação judiciária em sua função de garante da normatividade dos direitos fundamentais. Mantem-se assim um equilíbrio que tende a evitar agigantamento de poderes que, não raramente, resultam em arbitrariedade e subversão dos direitos.

## 5. CONSIDERAÇÕES FINAIS

A proposta inicial deste trabalho era responder ao questionamento: como se determina o suporte fático dos direitos fundamentais de defesa? O problema foi situado no contexto do constitucionalismo contemporâneo, com ênfase para a experiência brasileira, esta pautada nos últimos tempos pelo uso da ponderação (ora como argumento, ora como método).

Como se viu, a ponderação tem sido utilizada e mencionada como argumento de autoridade tanto na doutrina, como em decisões judiciais das cortes brasileiras, muitas vezes independente de compreensão ou crítica, fato que, por si, representa sérios problemas de ordem jurídica. A aplicação de um método interpretativo de forma inconsciente ou de maneira conscientemente imprópria, conduz a doutrina e a jurisprudência a um cenário de insegurança inaceitável que deve ser de todo modo evitado.

Por esta razão, a discussão acerca do valor teórico e prático da ponderação deve estar nas principais pautas do Direito Constitucional e da Hermenêutica Constitucional. Questionar se o uso da ponderação é compatível com o modelo de Constituição existente no Brasil não se trata de mera questão sobre a validade de um método, diz respeito sobremaneira à forma como se constrói o direito, a partir do discurso constitucional ou, ao menos, acerca das bases sobre as quais se diz repousar tal construção.

Por um ou outro aspecto, o debate é fundamental, pois se de fato o método é usado e se revela inapropriado, então o que se tem são respostas doutrinárias e jurisprudenciais possivelmente antijurídicas em essência. Por outro lado, se as posições dos juristas e dos tribunais são marcadas com a insígnia do método sem que ele seja realmente utilizado ou com sua utilização distorcida, há um problema de fundamentação, o que significa insegurança. Nesse caso, tendo o discurso constitucional se revelado falacioso, é intuitivo e necessário o questionamento de suas propostas.

Em vista dessa importância, buscou-se, então, num primeiro momento investigar o método da ponderação, a fim de compreender se seu uso é justificado pela Constituição. Caso a resposta tivesse sido positiva, seria necessário seguir para o segundo momento, no qual se discutiria o seu uso corrente pela doutrina e pela jurisprudência. Em

caso de ser negativa, como de fato foi, seria necessário apresentar uma alternativa que se mostrasse mais adequada.

A primeira análise se baseou na estrutura do método, esta delineada por Robert Alexy e alguns de seus seguidores como Martin Borowski, Virgílio Afonso da Silva e Luis Prieto Sanchís e também nas razões apresentadas por estes mesmos autores e outros como Luis Roberto Barroso e Gilmar Mendes para que a ponderação seja a figura hermenêutica central na interpretação jurídica das Constituições “sociais” da Alemanha, Espanha e principalmente do Brasil.

O resultado desta primeira abordagem foi, como adiantado, negativo para a ponderação, fato que se deve à sua inconveniente estrutura e à sua evidente incompatibilidade com os preceitos de segurança jurídica e com ideia de uma Constituição normativa. A ponderação se revelou, em termos gerais, uma justificativa para qualquer coisa, um porto seguro para as convicções particulares do intérprete, o que talvez explique seu uso recorrente como argumento de autoridade.

Destarte, entende-se que a interpretação pela via da ponderação é incapaz de revelar o sentido da norma, pois o selo de validade que aporta a ela tem como fundamento a própria aplicação do método. Se a norma que surge da interpretação por ponderação é válida na medida em que o método é aplicado corretamente, porém o método não é rígido o suficiente para impedir que se aponte para qualquer solução ou permita soluções não jurídicas, então sua marca de validade é inútil.

Em outros termos, a ponderação funciona como um filtro sem tramas, por onde tudo escorre, enquanto os seus defensores sustentam que, seja lá o que for que passe pelo filtro, é considerado válido e constitucional. A Constituição, todavia não admite este modelo, pois uma vez dotada de conteúdo material explícito e vinculante, exige que estas disposições sejam as barreiras que fazem do filtro interpretativo um autentico condicionante de validade.

Daí a conclusão deve ser de que a interpretação da Constituição, seja ela por qual meio se der, não deve prescindir do conteúdo material das normas constitucionais e deve ser capaz de compreender o que elas dizem num dado contexto histórico e jurídico. A voz da Constituição é, no entanto, como seu viu no primeiro capítulo deste trabalho, elemento secundário (ou menos que isso) para a ponderação, de forma que o método deve ser rejeitado como protagonista da interpretação constitucional.

A rejeição da ponderação, contudo, não deve vir desacompanhada de uma proposta alternativa. Esta proposta não pode ser, no entanto, um método cujo condicionante de validade de suas respostas seja a sua própria aplicação, mas fundamentalmente uma um conjunto de compreensões válidas dos pressupostos de origem constitucional utilizados no processo interpretativo.

Refuta-se, portanto, a ideia de que a aplicação correta de um método conduz necessariamente à resposta correta em direito e, ao invés, se concebe os argumentos de ordem constitucional como protagonistas do processo interpretativo. O mais importante é compreender o que está expresso na Constituição, o que passa necessariamente pelo entendimento do contexto em que ela está inserida. Uma norma desprendida do contexto é como uma fotografia, um freio do tempo ou como diz Paolo Grossi, um prédio vazio, sem conteúdo que o justifique.

Por este motivo, segundo a proposta interpretativa sustentada neste trabalho, a interpretação do suporte fático dos direitos fundamentais demanda uma análise cuidadosa do que a doutrina costuma chamar de âmbito de regulação, este representado pelas possibilidades de condutas que podem ser objeto de proteção constitucional. O âmbito de regulação comporta ações, omissões e estados jurídicos que poderão ser considerados constitucionais ou inconstitucionais, a partir dos pressupostos de validade da Constituição.

A delimitação deste âmbito permite excluir de antemão situações que, segundo o contexto constitucional, não podem ser protegidas pela ordem constitucional e determina a proteção de outras pela Constituição, pois consideradas de grande valor pelo contexto constitucional. É assim, por exemplo, com a tortura, ação que, no contexto social e político brasileiro, é refutada com veemência por razões históricas e desejos atuais. A vedação à prática de tortura é, nesta medida, um imperativo para a Constituição e, desta forma, se torna um condicionante para a interpretação da norma que trata da questão.

A definição do âmbito de proteção, em outros termos aquilo que é efetivamente protegido pela Constituição, é, pois, uma prática interpretativa vinculada à compreensão do âmbito de regulação. Por este motivo, optou-se por tratar o principal método desta segunda fase de interpretação como sistêmico e não como sistemático, pois esta ideia parece muito ligada à consideração de um único plano, no caso a estrutura de normas da Constituição, quando a proposta é a de que as

normas sejam sempre compreendidas a partir do contexto social a que pertencem.

Somente esta análise que se faz de uma perspectiva contextual pode conceber dinamicidade ao direito. Porém, esta premissa não pode servir como estrada livre para que o interprete possa chegar a qualquer resultado, a partir de uma compreensão particular da realidade que enxerga a sua volta. Por isso, a tão só definição do âmbito de regulação não basta, devendo-se atentar para o âmbito de proteção como forma de visualizar as opções e parâmetros constitucionais que determinam limites para as ações, omissões e estados jurídicos. É neste ponto, após conhecidas estas fronteiras que se torna possível reconhecer a força normativa da Constituição e compreendê-la não só como instrumento de regulação, mas também como ferramenta de transformação.

Estas funções, tanto a de conhecer o âmbito de regulação, quanto a de compreender o âmbito de proteção não tem sido tratadas com o devido cuidado na doutrina e na jurisprudência. Neste estado, a interpretação constitucional aparece desligada do contexto e da própria Constituição, sendo, pois incapaz de enxergar o direito. O resultado são posições que desconsideram por completo a realidade, como a assumida pelo Supremo Tribunal Federal no julgamento do Recurso Extraordinário nº. 631240<sup>187</sup>.

Segundo o voto do relator Ministro Roberto Barroso, seguido por maioria pelos seus pares, o segurado do INSS é obrigado procurar a via administrativa antes da judicial para discutir todo o tipo de questão que envolva matéria de fato. Para os Ministros o prévio requerimento administrativo é condição essencial para que seja possível invocar o direito de acesso à justiça, pois este é dependente do interesse de agir representado pela resistência à pretensão do segurado. Desconsideraram, no entanto, que existem regiões no país onde não há agências do INSS e também questões de fato que a autarquia sequer admite discutir ou possibilita meios para tanto.

Em suma, o entendimento da Corte reflete a despreocupação com a relação entre âmbito de proteção e âmbito de regulação e também com a interpretação sistemática (ou sistêmica). Isso porque, seu significado na prática é a inversão da ideia de proteção social inscrita no artigo 195 da Constituição, em relação a segurados que, após esta decisão, estarão impossibilitados de buscar o seu direito ou que

---

<sup>187</sup> O Recurso Extraordinário foi julgado na sessão do dia 03/09/2014, sob o regime de Repercussão Geral.

enfrentarão enormes dificuldades para perseguir o que o ordenamento jurídico os garante. Ao invés de o Estado oferecer a prestação previdenciária ao segurado, passará a esperar inerte pelo esforço de seu protegido.

Este e outros inúmeros posicionamentos de mesma ordem vistos na jurisprudência da Suprema Corte acabam sendo atribuídos à natureza política da Corte. Bem por isso, não são raros os casos em que as partes, em especial o Estado, deixam de lado qualquer linha de argumentação constitucional para se debruçar sobre questões como política judiciária ou a imagem da Corte perante a sociedade. Este fenômeno, porém, representa subversão do direito e da ordem democrática, pois desconsidera a Constituição e os imperativos de fundamentação jurídica.

Muito embora a Corte Constitucional represente a instância máxima de um poder de Estado e por isso seja, de fato, um ente político, sua função é técnica, jurídica. A política para a interpretação constitucional é contexto e não argumento, assim como a história, a sociologia, a psicologia e tudo o mais que permita ao interprete compreender o meio onde a norma existe e atua. Ser técnico, assim, não significa ignorar o contexto político, mas evitar que ele substitua a norma.

Seria impossível falar seriamente em força normativa sem considerar o contexto de aplicação da norma, afinal a imposição da norma num meio resistente implica em medidas severas, por vezes autoritárias, as quais, na maioria das vezes não se amoldam aos princípios basilares da Constituição. Todavia, os elementos que interferem no contexto não podem eles ser transformados em razão, a despeito da norma jurídica, sob pena de se relegar o direito a função alguma.

Esta premissa revela a importância da ideia de Habermas, comentada aqui no primeiro capítulo, segundo a qual o direito recebe e domestica os elementos externos a ele, inclusive o conteúdo moral. Este processo de domesticação é o que se propôs fazer neste trabalho com a delimitação do âmbito de regulação e do âmbito de proteção e também com a consideração das ideias de interpretação sistêmica, conteúdo essencial, vedação ao retrocesso e proporcionalidade. Estes instrumentos interpretativos, muito embora possam parecer apenas peças da engrenagem de um método formal, são na verdade meios que auxiliam ao interprete perceber o contexto e aplicar a norma constitucional sem desnaturá-la ou substituí-la por outras coisas.

Invocar a aplicação da proporcionalidade para controlar a constitucionalidade da intervenção estatal no âmbito de proteção das normas de direito fundamental não é uma exigência formal, mas antes um meio que permite, de forma clara, ao intérprete considerar o contexto de aplicação ao compreender a extensão da norma jurídico-constitucional. E esta clareza é fundamental, pois sem ela não há fundamentação adequada num processo interpretativo que se queria entender adequado a uma ordem democrática.

A proporcionalidade nada mais é do que um norte de orientação para uma decisão materialmente adequada à Constituição e da mesma forma o conteúdo essencial e a vedação do retrocesso. Dizer, por exemplo, que uma lei é inconstitucional, pois representa retorno a um estado anterior de menor proteção, tem como razão compreender que o conteúdo da norma constitucional que trata desta proteção exige concretização *perene e crescente*. É por tanto considerar a voz da norma e não do método, razão pela qual a proposta deste trabalho, inspirada em grande medida nas ideias de Pieroth e Schlink, difere em muito da ideia de ponderação.

Por fim, entende-se que a forma analítica como foi apresentado o trabalho pode conduzir a ideia equivocada de que a proposta aqui contida representa um método formal de validação, o que, no entanto se rejeitou desde o princípio. A apresentação detalhada de cada uma das etapas do processo interpretativo teve como intuito tornar claras as opções feitas e suas mecânicas de funcionamento, pois uma fundamentação só pode ser uma fundamentação jurídica quando apresentada desta forma. Dizer os porquês do direito não é capricho, é exigência democrática.

Assim, a ideia de apresentar uma alternativa à ponderação não significa substituí-la por outro método que, uma vez aplicado corretamente, aportará uma marca de qualidade à decisão, muito pelo contrário, esta é a crítica. A formulação proposta tem como escopo orientar o intérprete a perseguir um caminho onde será possível considerar o contexto e o conteúdo material das normas constitucionais e possa deixar claro para o interlocutor se e em que ponto houve desvio nesta rota ou se o intérprete optou por adotar outros itinerários estranhos ao direito, como o rumo político pelo qual se pautou a decisão do RE nº. 631240.



## 6. ANEXO

Esquema organizacional para a conformação do suporte fático  
[proposto por Pieroth e Schlink (2012, §359) para o contexto  
constitucional alemão, adaptado ao brasileiro e às propostas deste  
trabalho.]

Questões postas ao interprete:

**I.** Cairão as condutas reguladas na lei no âmbito de proteção do direito fundamental?

**II.** Constituirá a regulação da lei uma ingerência no âmbito de proteção?

**III.** Estará a ingerência justificada jurídico-constitucionalmente?

1. Terá a lei surgido em conformidade com a competência e com o procedimento?

2.

a) No caso de direitos fundamentais com reserva de lei qualificada: satisfará a lei as características de qualificação?

b) No caso de direitos fundamentais sem reserva de lei: constituirá a lei uma ingerência por causa de outros direitos fundamentais ou de outros bens constitucionais?

3. Constituirá a lei uma ingerência na proporcionalidade?

4. Deixará a lei intocado o conteúdo essencial do direito fundamental?

5. Aplicar-se-á a lei em geral e não apenas para o caso concreto?

6. Estará a lei, na previsão e na estatuição, formulada em termos claros e determinados?



## 7. REFERÊNCIAS

AARNIO, Aulis. *Las reglas em serio*. In: AARNIO, Aulis; VALDÉS, Ernesto Garzón; UUSITALO, Jyrki. *La normatividad del derecho*. Barcelona: Gedisa, 1997.

ALEXY, Robert. *Direitos fundamentais, balanceamento e racionalidade*. Tradução de Menelick de Carvalho Netto. In: *Revista Ratio Juris*. Vol. 16, n. 2, junho (p. 131-140). Belo Horizonte: Ratio Juris, 2003.

\_\_\_\_\_. *El concepto y la validez del derecho*, 2ed. Barcelona: Gedisa, 2004.

\_\_\_\_\_. *Sistema jurídico, principios jurídicos y razón práctica*. In: *Cuadernos de Filosofía del Derecho* n. 5. Alicante: Universidad de Alicante, 1988.

\_\_\_\_\_. *Teoría de la argumentación jurídica*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1997.

\_\_\_\_\_. *Teoría de los derechos fundamentales*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1993.

ANDRADE, José Carlos Vieira de. *Os direitos fundamentais na Constituição portuguesa de 1976*, 5ª. Ed. Coimbra: Almedina, 2012.

ATIENZA, Manuel. *As razões do direito: teorias da argumentação jurídica*. São Paulo: Landy, 2003.

ÁVILA, Humberto Bergmann. *Teoria dos princípios*, 4ª ed. São Paulo: Malheiros, 2005.

\_\_\_\_\_. *A distinção entre princípios e regras e a redefinição do dever de proporcionalidade*. In: *Revista Diálogo Jurídico*, Ano I, Vol. I, nº. 4. Salvador: Centro de Atualização Jurídica, 2001.

AYALA, Patryck de Araújo. *Devido processo ambiental e o direito fundamental ao meio ambiente*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011.

BARCELLOS, Ana Paula de; BARROSO, Luís Roberto. *O começo da história: a nova interpretação constitucional e o papel dos princípios no direito brasileiro*. Disponível em:  
<http://www.egov.ufsc.br/portal/conteudo/o-come%C3%A7o-da->

hist%C3%B3ria-nova-interpreta%C3%A7%C3%A3o-constitucional-e-o-papel-dos-princ%C3%ADpios-no-direit-1. Acesso em: 01/02/2014.

BARROSO, Luís Roberto. *Interpretação e aplicação da Constituição*. São Paulo: Saraiva, 2006.

\_\_\_\_\_. *Neoconstitucionalismo e constitucionalização do direito*.

Disponível em: [http://www.luisrobertobarroso.com.br/wp-content/themes/LRB/pdf/neoconstitucionalismo\\_e\\_constitucionalizacao\\_do\\_direito\\_pt.pdf](http://www.luisrobertobarroso.com.br/wp-content/themes/LRB/pdf/neoconstitucionalismo_e_constitucionalizacao_do_direito_pt.pdf). Acesso em: 01/02/2014a.

BERNSTEIN, David E. *Lochner v. New York: a centennial retrospective*. In: Washington University Law Quarterly, vol. 85, n. 5 (p. 1469-1528). Washington: George Mason School of Law, 2005.

BONAVIDES, Paulo. *Curso de direito constitucional*, 15ª ed. São Paulo: Malheiros, 2004a.

\_\_\_\_\_. *Jurisdição constitucional e legitimidade*. In: Revista Estudos Avançados, 18 (51). São Paulo: Universidade do Estado de São Paulo, 2004b.

BOROWSKI, Martin. *La estructura de los derechos fundamentales*. Tradução: Carlos Bernal Pulido. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2003.

BRANCO, Paulo Gustavo Gonet; COELHO, Inocêncio Mártires; MENDES, Gilmar Ferreira. *Hermenêutica constitucional e direitos fundamentais*. Brasília: Brasília Jurídica, 2000.

\_\_\_\_\_. *Curso de Direito Constitucional*, 4ª Ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

BRANDELS, Louis. WARREN, Samuel. *The Right to Privacy*. In: Harvard Law Review, v. 04, nº. 05. Cambridge: Harvard Law Review Association, 1890.

CABRAL, Nara Lya Simões Caetano. *Discurso, interdição e liberdade de expressão: o politicamente correto e suas articulações com a comunicação social*. In: Anais do 9º Interprogramas de Mestrado Faculdade Cásper Líbero. São Paulo: Faculdade Cásper Líbero, 2003.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes Canotilho. *Direito constitucional*, 6ª Ed. Coimbra: Almedina, 1993.

\_\_\_\_\_. *Dogmática dos direitos fundamentais e direito privado*. In: SARLET, Ingo Wolfgang (org.). *Constituição, direitos fundamentais e*

direito privado, 2ª Ed. (p. 341-359). Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006.

CAPRA, Fritjof. *A teia da vida*, 13ª Ed.. São Paulo: Cultrix, 2012.

CARBONELL, Miguel. *Los derechos fundamentales em México*. Cidade do México: Universidad Nacional Autónoma de México, 2004.

CATOIRA, Ana Aba. *El concepto jurisprudencial de limite de los derechos fundamentales*. In: Anuario da Faculdade de Direito da Universidade da Coruña, n. 2, 1998 (p. 13-31). A Coruña: Universidade da Coruña, 1998.

CELLA, José Renato Gaziero. *Positivismo jurídico no século XIX: relações entre direito e moral do Ancien Régime à Modernidade*. In: Anais do XIX Encontro Nacional do CONPEDI. Florianópolis: CONPEDI, 2010.

DAL RI Jr, Arno. *O estado e seus inimigos: a repressão política na história do direito penal*. Rio de Janeiro: Revan, 2006.

\_\_\_\_\_. *Às sombras da Soberania: A Condição Jurídica de Estados Federados e Governos Infraestatais no Direito Internacional*. In: ARRUDA, Sônia Regina. Arno Dal Ri Jr. Guilherme Bez Marques (org.). Santa Catarina nas Relações Internacionais: desafios da Assembleia Legislativa do Estado de Santa Catarina no Cenário Internacional, Florianópolis: Boiteux, 2010.

DIMOULIS, Dimitri; MARTINS, Leonardo. *Teoria geral dos direitos fundamentais*, 3ª. Ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011.

DWORKIN, Ronald. *Levando os direitos a sério*. São Paulo: Martins Fontes, 2002.

\_\_\_\_\_. *O império do direito*. São Paulo: Martins Fontes, 2007.

\_\_\_\_\_. *Uma questão de princípio*, 2ª Ed. São Paulo: Martins Fontes, 2001.

FERRAJOLI, Luigi. *Constitucionalismo garantista e neoconstitucionalismo*. In: Anais do IX Simpósio de Direito Constitucional da ABDCConst (p. 95-113). Curitiba: ABDCConst, 2011a.

\_\_\_\_\_. *Garantismo: debate sobre el derecho y la democracia*. Madrid: Trotta, 2006.

\_\_\_\_\_. *Por uma teoria dos direitos e dos bens fundamentais*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011b.

FOUCAULT, Michel. *A ordem do discurso*, 5ª Ed. São Paulo: Loyola, 1999.

GIRARDET, Raoul. *Mitos e mitologias políticas*. São Paulo: Companhia das Letras, 1987.

GROSSI, Paolo. *Mitologias jurídicas da modernidade*, 2ª Ed. Florianópolis: Boiteux, 2007.

GÜNTHER, Klaus. *Teoria da argumentação no direito e moral: justificação e aplicação*, 2ª Ed. São Paulo: Forense, 2011.

HÄBERLE, Peter. *Hermenêutica constitucional: a sociedade aberta dos intérpretes da Constituição; contribuição para a interpretação pluralista e procedimental da Constituição*. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris Editor, 1997.

HABERMAS, Jürgen. *Direito e democracia: entre facticidade e validade, vol. 1*. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997.

HESPANHA, Antônio Manuel. *Cultura jurídica europeia: síntese de um milênio*. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2005.

HESSE, Konrad. *A força normativa da constituição*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1991.

KUSKOSKI, Matheus Soares. *O discurso de fundamentação e aplicação em Klaus Günther: consequências para a distinção entre casos fáceis e difíceis em Dworkin*. In: Revista Seara Filosófica, n. 4 (p. 65-77). Pelotas: Universidade Federal de Pelotas, 2011.

LOPES, Ana Maria D'Ávila Lopes. A garantia do conteúdo essencial dos direitos fundamentais. In: Revista de Informação Legislativa, ano 41, n. 164 (out/dez). Brasília: Senado Federal, 2004.

LUPI, André Lipp Pinto Basto. *O Brasil é dualista? Anotações sobre a vigência de normas internacionais no ordenamento brasileiro*. In: Revista de Informação Legislativa, a. 46, n. 184 (out/dez). Brasília: Senado Federal, 2009.

MARTINS, Argemiro Cardoso Moreira; OLIVEIRA, Cláudio Ladeira de. *A contribuição de Klaus Günther ao debate acerca da distinção entre regras e princípios*. In: Revista Direito GV, v. 2, n. 11, (p. 241-154). São Paulo: Fundação Getúlio Vargas, 2006.

MARTINS, Leonardo. *Cinquenta anos de jurisprudência do Tribunal Constitucional Federal Alemão*. Montevideo: Konrad-Adenauer-Stiftung, 2005.

\_\_\_\_\_. *Proporcionalidade como critério de controle de constitucionalidade: problemas de sua recepção pelo direito e jurisdição constitucional brasileiros*. In: Cadernos de Direito, 3(5), jul/dez, (p. 15-45). Piracicaba: Editora UNIMEP, 2003.

MENDES, Gilmar Ferreira. *O controle de constitucionalidade das Medidas Provisórias*. In: Revista Jurídica Virtual, vol. 1, n. 2, junho/1999. Brasília: Presidência da República, 1999. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/revista/Rev\\_02/contr\\_const\\_MPs.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/revista/Rev_02/contr_const_MPs.htm).

\_\_\_\_\_. *Colisão de direitos fundamentais: liberdade de expressão e de comunicação e direito à honra e à imagem*. In: Revista de Informação Legislativa, ano 31, n. 122 (mai/jul). Brasília: Senado Federal, 1994.

MIGUEL, Alfonso Ruiz. *Validez y vigencia: um cruce de caminhos en el modelo garantista*. In: SÁNCHEZ, Miguel Carbonell; UGARTE, Pedro Salazar. *Garantismo: estudios sobre el pensamiento jurídico de Luigi Ferrajoli* (p. 211-232). Madri: Trotta, 2005.

MIRANDA, Jorge. *Teoria do Estado e da Constituição*, 2ª. Ed. Rio de Janeiro: Forense, 2009.

MOORE, Adam D. *Privacy: Its Meaning and Value*. In: American Philosophical Quarterly, v. 40, nº. 3. Chicago: University of Illinois Press, 2003.

NÓBREGA, Beatrice Guimarães. *A adoção da teoria dualista na relação entre direito internacional e direito estatal brasileiro*. In: ARRUDA, Sônia Regina. Arno Dal Ri Jr. Guilherme Bez Marques (org.). Santa Catarina nas Relações Internacionais: desafios da Assembleia Legislativa do Estado de Santa Catarina no Cenário Internacional, Florianópolis: Boiteux, 2010.

PIEROTH, Bodo; SCHLINK, Bernhard. *Direitos fundamentais*. Edição e-Book. São Paulo: Saraiva, 2012.

POSSENTI, Sírio. *A linguagem politicamente correta e a análise do discurso*. In: Revista de Estudos de Linguagem, a. 4, v. 2, (p. 125-142). Belo Horizonte: Universidade Federal de Minas Gerais, 1995.

POULSON, Barry W. *Substantive due process and Labor Law*. In: The Journal of Libertarian Studies, vol. VI, n. 3-4 (p. 267-276). Auburn: Ludwig Von Mises Institute, 1982.

PROSSER, William L. *Privacy*. In: California Law Review, vol. 48, n°. 3. San Francisco, 1960.

ROMANO, Santi. *O ordenamento jurídico*. Florianópolis: Boiteux, 2008.

SANCHÍS, Luis Prieto. *Derecho y moral en la época del constitucionalismo jurídico*. In: Revista Brasileira de Direito Constitucional, n. 10 (jul/dez). São Paulo: Escola Superior de Direito Constitucional, 2007.

\_\_\_\_\_. *Diez argumentos a propósito de los principios*. In: Jueces para la Democracia, n. 26(p. 41-49). Madri: Edisa, 1996.

\_\_\_\_\_. *Neoconstitucionalismo y ponderación judicial*. In: CARBONELL, Miguel (org.). Neoconstitucionalismo(s). Madri: Trotta, 2003.

SANDEFUR, Timothy. *In defense of substantive due process, or the promise of lawful rule*. In: Harvard Journal of Law & Public Policy, v. 35 (p. 284-350). Cambridge: Harvard Law School, 2012. Disponível em: <http://ssrn.com/abstract=1839884>. Acesso em: 10/06/2014.

SARLET, Ingo Wolfgang. *A Eficácia do Direito Fundamental à Segurança Jurídica: Dignidade da pessoa humana, direitos fundamentais e proibição do retrocesso social no direito Constitucional Brasileiro*.

\_\_\_\_\_. *A eficácia dos direitos fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional*, 10ª ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010.

SARMENTO, Daniel. *O neoconstitucionalismo no Brasil: riscos e possibilidades*. In: Revista brasileira de estudos constitucionais. Ano 3, n. 9, jan/mar 2009. Belo Horizonte: Fórum, 2009.

SAVIGNY, Friedrich Karl von. *Metodologia jurídica*. São Paulo: Edicamp, 2004.

SCHIER, Paulo Ricardo. *Fundamentação da preservação do núcleo essencial na Constituição de 1988*. In: Anais do XV Encontro Nacional do CONPEDI (p. 7077-7090). Florianópolis: CONPEDI, 2010.



SILVA, Virgílio Afonso da. *Direitos Fundamentais: conteúdo essencial, restrições e eficácia*, 2ª ed. São Paulo: Malheiros, 2010.

\_\_\_\_\_. *O proporcional e o razoável*. In: Revista dos Tribunais, 768, (p. 23-50). São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002.

\_\_\_\_\_. *Princípios e regras: mitos e equívocos acerca de uma distinção*. In: Revista Latino-Americana de Estudos Constitucionais, n.1 (p. 607-630). Belo Horizonte: Del Rey, 2003.

STRECK, Lênio Luiz. *Perus, pavões e urubus: a relação entre direito e moral*. In: Revista Consultor Jurídico. São Paulo: Consulto Jurídico, 2013. Disponível em: <http://www.conjur.com.br/2013-ago-15/senso-incomum-perus-pavoes-urubus-relacao-entre-direito-moral>. Acesso em: 23/06/2014.

VEIGA, Thiago Martinelli. *A Súmula Vinculante nº 33 e a contagem diferenciada de tempo especial para o servidor público*, ano 19, n. 3967. Teresina: Jus Navigandi, 2014.

VILA, Marisa Iglesias. *El positivismo en el estado constitucional: algunos comentarios em torno al constitucionalismo de Ferrajoli*. In: SÁNCHEZ, Miguel Carbonell; UGARTE, Pedro Salazar. *Garantismo: estudios sobre el pensamiento jurídico de Luigi Ferrajoli*(p. 77-104). Madri: Trotta, 2005.

WARAT, Luis Alberto. *Argumentação Jurídica e a Falácia do Judiciário*. In: WARAT, Luis Alberto. *A Digna Voz da Majestade: Linguística e Argumentação Jurídica, Textos Didáticos*. Florianópolis: Boiteux, 2009.